Italy

Prof. Avv. LEONARDO RESTANO

IL TENTATIVO

SECONDO

LA SCUOLA CRIMINALE POSITIVA

SAVONA
STAB. TIPOGRAFICO ANDREA RICCI
Via Manzoni N. 9

1895.

For Ty

R

PREFAZIONE

Lieto di non appartenere al novero di coloro i quali, pur dissentendo dalle dottrine dei sociologi-criminalisti, si astengono dal confutarle; o, peggio ancora, si appigliano (come dice il Ferri) alla comoda arte di dare un colpo alla botte e l'altro al cerchio « per fare carriera » — e convinto che al cimento delle pratiche applicazioni rifulge la verità, o meno, dei principî astratti di una scuola scientifica — ho cercato, col presente modestissimo lavoro, studiare la scuola criminale positiva in una delle applicazioni delle sue tendenze innovatrici alle varie teoriche penali: a quella, cioè, del tentativo, facendovi precedere l'esposizione delle idee della scuola classica su l'argomento, ed immorandovi, a bello studio, più di quanto comporti l'indole dello scritto, per fare risaltar meglio le differenze tra la teorica subiettiva e l'obiettiva, ed il dissidio fra le due scuole.

Se le conclusioni, cui sono giunto, non sembreranno esatte, non me ne dorrò gran fatto, pensando di aver risparmiato ad altri (a tutto profitto della scienza) l'opera vana ed infeconda di percorrere la medesima via, ed il conseguente pericolo di ricadere in errore; mentre continuerò sempre ad insegnare dalla cattedra ciò che di vero, di profittevole e di ravvivante presentano le novelle dottrine, distinguendolo da tutto quanto non può dirsi, per ora, scientificamente ed infallibilmente accertato, e da tutto quanto apparisce inesatto, incompleto ed inaccettabile.

Savona, luglio 1895.

L. RESTANO.

CAPO I.

Il tentativo secondo la scuola classica di diritto penale — Teorica obiettiva.

1. La teorica del tentativo, tra le più astruse ed intricate del giure penale, non solo ha dato luogo ad opposte scuole e a disparati pareri, ma ha indotto altresì taluni criminalisti, tra i quali il Prof. Zuppetta, a dichiarare che in essa tutto è incerto, tenebroso, confuso, contraddittorio, arbitrario e mostruoso, sia presso gli scrittori, sia nella giurisprudenza, e taluni altri a proporne a dirittura l'abolizione (1), sostituendovi una particolare descrizione di tutti gli atti esterni che possono presentare pericolo di violazione del diritto, per reprimerli adeguatamente alla loro natura con proporzionate sanzioni penali.

Altri scrittori (Mittermaier, Wintgens, Lelièvre) hanno stimato inutile l'occuparsene di proposito nei codici penali, perchè, consistendo il tentativo di delitto nel principio di esecuzione di un fatto vietato dalla legge, i giudici possono benissimo punirlo quand'anche questa non contenga alcun espresso e particolare divieto, nè minacci sanzioni speciali, intendendosi la parte di un tutto proibito e punito, implicitamente vietata e penalmente perseguitabile anch'essa.

Questa dottrina pericolosissima, vittoriosamente confutata da Ionge (2), è stata ripudiata da tutti i codici delle nazioni civili, i quali contengono disposizioni generali per determinare quando si abbia il tentativo punibile.

---

(1) *Pizzoli:* Studii sulla teorica del conato punibile.

(2) *Ionge:* De delictis, Vol. II p. 280.

Altri hanno sostenuto che, essendo il tentativo un delitto imperfetto, può e deve essere oggetto di codice di polizia, non di codice penale, sia perchè quest' ultimo richiede completa la figura giuridica del reato (il quale non esiste quando trovasi tuttora *in itinere*, e la meta non è stata raggiunta), sia perchè, risiedendo il titolo di punizione del conato *unicamente* nel pericolo sociale, giustificatore della giustizia preventiva, si ha di fronte una semplice contravvenzione di polizia — salvo che il tentativo apparisca quale delitto intermedio a reato maggiore, nel qual caso può, come circostanza aggravante, formare oggetto di codice penale, e salvo pure a punirlo per eccezionale provvedimento politico sotto l'impeto dell'istantanea difesa (1).

Discutere siffatta opinione — figlia dei due inesatti presupposti: che il delitto imperfetto non sia reato, e che il fondamento della politica imputabilità del tentativo risieda unicamente nel pericolo sociale, senza tener conto dell'offesa al diritto astratto, aggredito dal colpevole, e del conseguente pericolo individuale — non è còmpito del presente lavoro. D'altronde giureconsulti e legislatori sono oramai d'accordo nel riconoscere nel tentativo materia vera e propria di codice penale.

Ma è esso veramente un delitto imperfetto, o piuttosto un reato perfetto, consumato, violatore del diritto alla sicurezza sociale? (2).

---

(1) *Buccellati:* Istit. di dir. e proc. penale, Milano 1884 n.ri 368 e 406 — V. anche n.ri 399 e 401.

Alle idee del Buccellati ha mosso obbiezioni teoriche e pratiche, secondo i principii della scuola positiva di diritto penale, il Majno (Monitore dei trib. 8 Novembre 1884).

(2) In quest'ultimo senso Mario Pagano ha scritto: « Il delitto *perfezionato* lede sempre gli altrui diritti, il conato *talora* offende solo la tranquillità e la sicurezza, che è pure un diritto » (Principii del Cod. pen. c. 13), ed il Carrara ha accennato alla natura di delitto consumato, quantunque come mezzo ad altro rimasto imperfetto, definendo il tentativo « un fatto umano antigiuridico e *perturbatore della tranquillità dei cittadini*, che aveva per sua natura

Sono di quest'ultimo avviso il Cimbali, il Rosshirt, il Geib ed il Civoli, i quali dicono che: avendo l'uomo il diritto di esser sicuro in tutto quanto gli appartiene, viola questo diritto, e quindi compie un reato perfetto, chi ne pone a pericolo la vita, l'integrità personale, gli averi e via dicendo.

Ciò implica — ne pare — disconoscimento dell'oggetto vero e proprio del delitto tentato, e confusione del danno riflesso prodotto da qualsiasi maleficio, vuoi tentato, vuoi consumato (consistente, a punto, nella violazione del diritto alla sicurezza ed alla tranquillità dei cittadini), con l'oggetto del tentativo, il quale può essere diverso da codesto diritto, e consistere a mo' d'esempio nel diritto alla vita, *semplicemente posto in pericolo attuale* nella parte, diremo così, direttamente dalla legge con le sue sanzioni protetta, e viceversa del tutto violato nella parte dell'obbligazione spettante a ciascun cittadino di astenersi dal principiare l'esecuzione del maleficio. Imperocchè — giova avvertirlo — ogni precetto legislativo di non commettere certe azioni contrarie alla legge penale, contiene un duplice comando: il comando di *non consumarle*, e quello di *non cominciarne neppure l'esecuzione* (1); onde trasgredisce la legge, e diventa per ciò passibile di pena, non soltanto chi compie, ma altresì chi si accinge ad eseguire l'azione proibita.

L'essenza, quindi, del tentativo non risiede punto nell'intenzione di turbare la sicurezza pubblica, del tutto aliena da chi ha la precisa volontà di uccidere, di rubare, di falsificare e via via.

Se il tentativo costituisse un delitto perfetto contro la

---

potenza di produrre la lesione di un diritto ulteriore più importante di quello che dal fatto medesimo fu *violato*; alla lesione del qual diritto non violato, ma posto soltanto a pericolo, erasi il fatto medesimo diretto con determinata e perseverante volontà dallo agente » (Essenzialità del conato punibile, Prolusione 1883-84).

(1) *Pessina:* Elem. di dir. penale, Parte I, Cap. V.

sicurezza sociale, per regolarsi nella misura della pena, vale a dire per decidere se più grave sia, e se maggior turbamento arrechi alla tranquillità pubblica, il fatto di chi tenta uccidere, o quello di chi tenta rubare, stuprare ecc., bisognerebbe ricorrere, tra l'altro, all'esame dell'importanza relativa dei diversi diritti alla vita, al possesso, alla pudicizia ecc., misurare, cioè, il grado d'imputazione alla stregua dell'entità del diritto contro il quale erano dirette le operazioni dell'agente: divenendo così il diritto alla vita, al possesso ed alla pudicizia rispettivamente l'oggetto vero e proprio del reato cui vorrebbesi considerare come perfetto, in luogo e vece del diritto alla sicurezza sociale.

D'altra parte, chi non sente la diversa intensità dell'offesa stessa alla sicurezza e tranquillità sociale, secondo che il delitto, uscendo dai limiti di un semplice tentativo, diventa mancato o consumato?

E non basta: il considerare il tentativo qual reato consumato ingenererebbe incertezza e confusione nell'ipotesi di reati contro l'ordine pubblico o la pubblica incolumità, ed in generale nell'ipotesi di delitti direttamente aggressivi della sicurezza e tranquillità sociale, nei quali questa rimarrebbe, col tentativo, compiutamente violata sotto forma di danno mediato — e, per l'opposto, semplicemente messa a pericolo, considerata come *oggetto speciale del delitto rimasto imperfetto*. Onde la contemporanea esistenza della violazione totale e parziale di uno stesso diritto, in un unico contesto di azione criminosa: conseguenza assurda *per la contraddizion che nol consente*.

Onde l'altro assurdo della coesistenza di due diverse imputazioni, l'una di tentativo e l'altra di reato consumato, ossia il concorso di un delitto perfetto ed imperfetto in un'unica azione, come nell'ipotesi di chi, con intenzione omicida, ponga soltanto a repentaglio la vita altrui. Ora, per sostenere che un individuo ha commesso due diversi reati e violato due distinti diritti (cioè: un delitto tentato contro il diritto alla vita, ed un altro consumato contro la sicurezza pubblica),

salvo poi a considerarli come connessi, è giocoforza ammettere in lui la coesistenza di due intenzioni disparatissime e repugnanti tra loro: l'intenzione di offendere il diritto della sicurezza sociale (che può essere indiretta positiva), e l'intenzione di aggredire il diritto alla vita (che dev'essere diretta positiva), laddove l'atto volitivo è uno solo.

Onde, infine, l'altro assurdo di ammettere la nozione del tentativo colposo, imperocchè, considerando i delitti imperfetti come offese alla sicurezza dei cittadini — senza preoccuparsi dello scopo dal colpevole agognato — basta ricercare se l'effetto dannoso, ossia il pericolo corso dal diritto altrui, era stato dall'agente previsto come conseguenza *possibile* del fatto proprio, per dire sufficiente alla imputazione sua la colpa (1). In vece, nel tentativo, occorre il dolo determinato verso un dato maleficio; ed ammessa pure nell'agente la semplice previsione (quale conseguenza possibile del fatto proprio) della lesione del *diritto-fine*, non potrebbe mai sorgere la figura del reato consumato contro la sicurezza sociale, qualora i mezzi adoperati si palesassero del tutto inidonei a violare il diritto-fine, e perciò incapaci di turbare la pubblica tranquillità; eccettochè se ne volesse sostenere la nozione anche di fronte all'assoluta mancanza di attitudine loro a nuocere, reprimendo, per tal guisa, la nuda volontà criminosa manifestatasi in modo innocuo e non pericoloso.

Dichiarano, in fatti, i propugnatori della dottrina del conato qual delitto perfetto, che, ciò che di contrario alla sicurezza dei cittadini in esso si appalesa, non è già il pericolo obiettivo, corso dal diritto attaccato, bensì la manifesta volontà di aggredirlo, la quale fa temere la ripetizione di ulteriori offese, ove non si frenino le tendenze criminose: dichiarazione, che li rende inaspettatamente alleati dei seguaci della teorica subiettiva, portandoli a contentarsi del semplice

---

(1) *Civoli:* Studio critico sulla teoria dei delitti imperfetti (Arch. giur. Vol. XXXV pag. 50, 51 e 54).

accertamento della volontà rea (quantunque spoglia l'azione di qualsiasi danno potenziale) per ammettere l'esistenza del reato, ritenuto *perfetto* (consumato) dagli uni — *imperfetto* (tentato) dagli altri: unica differenza intercedente tra loro.

2. Come si vede, tutto procede dal fondamento penale che si assegna al tentativo. Dalla soluzione di tale quesito non dipende soltanto lo stabilire se il conato rappresenti un delitto perfetto od imperfetto, ma altresì se, e fino a qual segno, siano punibili gli atti inidonei, se possano reprimersi come conato gli atti preparatori, se la desistenza spontanea dirima o meno l'imputazione, e tante altre questioni.

Perchè, dunque, deve punirsi il tentativo?

Perchè, risponde il Pessina, reca un' offesa all'autorità del diritto lo spiegare l'attività umana per effettuare ciò che dalla legge è vietato (1).

L'Oliva obbietta che, con tale risposta, rimane a dimostrarsi come l'attività spiegata dal colpevole costituisca una offesa al diritto, tale da meritare una pena; e soggiunge che il tentativo deve punirsi quale fatto doloso turbatore della *tranquillità sociale*, il cui danno consiste nella diminuita sicurezza del diritto aggredito, nella diminuita fede nell'efficacia della tutela giuridica dello Stato, e nell'offesa al supremo diritto cui lo Stato ha di esercitarla: « *Non è* il *pericolo corso* che vuolsi aver di mira nella pena, ma il pericolo che si corre con l'azione anche andata a vuoto, imperocchè si teme che *in avvenire*, se la stessa azione si ripeta, possa non ripetersi egualmente il fatto che per fortuna la rese frustranea ». Così pensa l'Oliva, perchè considera il pericolo principalmente come *un'opinione*, *un turbamento dell'animo*, *un semplice timore* « per quel che in avvenire può succedere

(1) *Pessina:* Op. cit. Parte I, Cap. V. § 2.

ove si rinnovi la stessa condizione di cose, ma con effetto diverso » (1), onde vuol represso il tentativo unicamente per *timore di reati futuri.*

Ma, riflettendo che il pericolo corso è uno *stato di fatto dell'azione compiuta*, laddove l'allarme o la paura (come la chiama l'Oliva) è uno *stato o sentimento dell'animo* generato dall'apprensione di quello, e variabile a seconda del maggiore o minor pericolo *insito nell'azione compiuta*, considerata anche in rapporto all'agente — che il pericolo nato è condizione di fatto indispensabile per la punibilità del tentativo — che non è dato punire semplicemente in considerazione del futuro, ma avuto riguardo sopra tutto al passato (2) — e che, se il tentativo dovesse reprimersi soltanto in quanto turba la tranquillità sociale, sarebbe, come tale un reato perfetto — si vedrà quanto lasci l'opinione dell'Oliva a desiderare.

Meglio avvisò il Carrara riponendo la ragione della politica imputabilità del tentativo nel *pericolo corso*, il quale fa sì che « l'animo dei cittadini si scuota all'aspetto di una volontà malvagia, che già aveva cominciato la esecuzione di atti conducenti a quel tristo evento, ed al pensiero che una mera accidentalità, di cui non può calcolarsi la ripetizione, ha salvato la vittima dal male minacciatole, e la società dal lutto e dal terrore di un delitto compiuto. Il tentativo, col porre in pericolo la sicurezza, ha prodotto anch'esso un *danno politico*. A cotesto danno politico occorre il rimedio politico della punizione di colui, alle malvagie voglie del quale nulla mancó, tranne i favori della fortuna » (3).

Nondimeno ciò non basta : oltre al danno politico, dobbiamo ritrovare nel tentativo un *danno privato, particolare,*

---

(1) *Oliva:* Del tentativo (Riv. pen. Vol. XVI, 1882, pag. 10, 14 e 27).

(2) « La pena dev'essere in proporzione col delitto commesso e non coi delitti possibili o probabili del suo autore o degli altri » (*Brusa:* Appunti per una introduz. al corso di dir. penale, pag. 43).

(3) *Carrara:* Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (Opuscoli, Vol. I, p. 5 e 6).

conspirante con quello a legittimarne la politica imputabilità; accanto all'offesa alla sicurezza sociale dobbiamo rinvenire l'offesa ad un diritto individuale ed alla sicurezza del privato cittadino.

Il Fioretti, muovendo dal principio che la pena, nel suo inizio, era reazione difensiva individuale, e siffatto carattere non può essersi dileguato, afferma che il tentativo, per costituire reato, deve aver fatto animare da odio degli individui contro il delinquente ed eccitato l'allarme e la reazione individuale, oltre la sociale, contro la *temibilità* di costui (1). « Ma: — 1. La conclusione contraddice alle premesse — 2. L'allarme individuale non è una condizione necessaria dell'attività repressiva, tanto più nel tentativo dove la paura della persona, il cui diritto fu aggredito, può non verificarsi punto, come nell'ipotesi non infrequente che il tentativo le resti ignoto sino al dileguarsi d'ogni pericolo (2) — 3. Il criterio del Fioretti è troppo indeterminato, perchè, non essendo la paura che l'effetto d'una mera opinione, innanzi tutto non si potrà mai precisare in quale momento dell'azione malvagia sorga l'allarme individuale, il quale varierà inoltre da persona a persona. Nell'ipotesi poi di un tentativo con mezzi inidonei, e ben più in quella dell'assoluta mancanza del soggetto passivo, in quali circostanze, e quando sorgerà il timore della persona aggredita? — 4. Al contrario, non è sempre vero che l'intenzione manifestata con parole, la minaccia di uccidere taluno non abbia alcun valore

---

(1) *Fioretti:* Note critiche sul tentativo (Arch. di psich. Vol. XI pag. 482 e 485).

(2) « Quegli al cui diritto si attenta può non commuoversene per nulla, forse a cagione della vigorosa tempra del suo animo, forse perchè l'età o lo stato di mente non gli permettono di aver cognizione di alcun pericolo, forse perchè quando accade il tentativo egli non ne ha scienza, come avverrebbe se entrasse il ladro in mia casa mentre io ne sono assente. Circa il timore degli altri o di tutta la società, è manifesto che può darsi, e si dà spesso, che del tentativo non si abbia notizia, se non cessato ogni pericolo, cioè che si apprendano ad un tempo pericolo e salvezza » *Oliva:* Op. cit. pag. 10.

sociale (io direi giuridico). Tutto ciò dipende dalla sanzione che si applica a tali atti, essendo evidente che se la minaccia pura e semplice non si colpisce come tentativo d' omicidio, ciò non dipende punto dal fatto che la persona minacciata non abbia provato timore per la propria sicurezza (che anzi lo spavento può essere maggiore in simil caso, che in quello di un vero tentativo), bensì per la mancanza d'altre condizioni » (1). E v'ha di più: può accadere che la persona, contro la quale fu diretta l'azione costituente il tentativo, confessi non essersi suscitato in lei il menomo sentimento d'odio e di reazione vendicativa contro l'attentante, e niun timore del pari dichiarino aver provato i testimoni in causa (cedendo, se vuolsi, alle preghiere od alle minacce degli amici e dei parenti dell'imputato) — può avvenire, altresì, che il desiderio della vendetta, sorto appena nell'animo dell'offeso, siasi spento incontanente: ebbene, in tali casi, la punibilità del tentativo non sarebbe, per avventura, in balia dei terzi e principalmente dell'offeso? — Nè il giudice potrebbe decidere in base ai sentimenti proprî, od ai sentimenti presunti nei consociati, altri da quelli risultanti dal procedimento.

D'altronde, l'allarme individuale e sociale contro la *temibilità del delinquente* non basta a legittimare la punibilità del conato, se non derivi da un *fatto pericoloso* almeno nella generalità dei casi.

Perchè, dunque, ripetiamo, deve punirsi il tentativo? Perchè offende il diritto privato, particolare, cui ogni cittadino ha, e che la legge gli riconosce e garantisce, di non veder intrapresa da chicchessia l'esecuzione di alcun atto per lui dannoso, cioè di non vedere esposto in pericolo di perdita il patrimonio naturale e politico, di cui gode in società: pericolo nascente dal cominciare un' azione vietata dalla legge come reato, e che scuote (o è capace di scuotere) da

(1) *Garbarini:* Della inidoneità nel tentativo (Antol. giur., Anno VI, fasc. 3 pag. 195).

prima la sicurezza individuale, e di poi la sociale. Scelgasi ad es. il diritto alla vita: se taluno, con intenzione omicida, crei uno stato di cose, dal quale derivi il pericolo della perdita di questo bene per un determinato individuo, violerà effettivamente nella vittima designata il precitato diritto, considerato come suo bene naturale privato, e con questa violazione produrrà uno scemamento nella sicurezza sua individuale, e conseguentemente nella tranquillità sociale, come effetto da causa. — Anche il pericolo obiettivo che una lesione intervenga è per sè stesso un male (dice il Geyer), un reato, diciamo noi: nè occorre, all'uopo, la consapevolezza dell'aggredito, siccome avviene nella esposizione d'infante.

3. L'intenzione, per quanto immorale e scellerata, finchè rimane atto interno di volontà sfugge dal campo del ministero repressivo; e quand'anche manifestata per via di minacce, di concerti, d'istigazione a delinquere e via dicendo, non dà vita a quell'atto fisico esterno, mediante il quale s'intraprende l'effettiva esecuzione del delitto voluto. I diversi fatti, rivelatori dell'intenzione di commettere il maleficio minacciato, istigato ecc., possono bensì reprimersi come reati per sè stanti, ove racchiudano i caratteri del danno sociale, ma non possono, senza ingiustizia, considerarsi come tentativi del delitto agognato.

Chi minaccia, quindi, il proprio nemico di morte, chi si associa più persone nell'intento di rubare a profitto comune, chi conferisce ad un sicario mandato di uccidere un terzo, non comincia l'esecuzione del delitto minacciato, concertato, istigato, perchè altro è manifestare la volontà di delinquere, altro è cominciare la esecuzione del reato.

Codesti principii, universalmente professati dai classici criminalisti, non sono accolti dai proseliti della nuova scuola di diritto penale, i quali, riponendo il fondamento della punibilità del tentativo unicamente nella manifestazione di una volontà criminosa probabilmente perseverante sino alla fine,

ossia nella scoperta di un individuo temibile per l'avvenire, prescindono da qualsiasi principio di esecuzione del maleficio, appagandosi di semplici atti preparatorii o inidonei; onde qualificano come principio di esecuzione il mero conferimento dell'incarico accettato di uccidere una persona, qualora il mandante sia reputato temibile per la scelta del mandatario, sebbene nulla quest'ultimo abbia fatto nè apprestato per conseguire l'intento: della quale conclusione — conseguenza logica dei principii adottati dalla scuola positiva in materia di tentativo — avremo occasione di occuparci (V. n. 42).

4. Le divergenze nascono, adunque, quando trattasi di sapere: se debba rispondere di tentativo chi, risolutosi al reato, compie semplici atti preparatorii — e se basti intraprendere in qualsiasi maniera l'esecuzione del maleficio, o pure si richieda negli atti esecutivi la potenza di raggiungere il pravo fine.

La prima questione, strettamente connessa con l'altra del fondamento della punibilità del tentativo, ha dato origine a due teoriche opposte: *subiettiva* l'una, l'altra *obiettiva*.

I seguaci della prima, movendo dal principio che, nel delitto, deve punirsi non il fatto, ma l'intenzione rea, purchè manifestata con atti esterni e dimostrata perseverante fino al principio dell'esecuzione, sostengono che il fatto costituisce semplice *prova* dell'intenzione criminosa, la quale soltanto vuolsi colpire; onde, una volta accertata siffatta volontà mercè il principio della esecuzione, resta indifferente alla essenza del delitto l'avverarsi o meno dell'evento, il quale si riduce ad un mero accidente, ad una circostanza accessoria del maleficio (1). Ripongono, quindi, la base della incriminabilità

(1) V. *Carrara:* Programma, parte gen. § 355. Sono questi i principii già da tempo professati dalla così detta scuola francese, e da qualche pensatore italiano. Il Mamiani p. e. ha scritto: « Data la deliberata volontà di

del tentativo nella manifestazione di una volontà rea, presunta perseverante sino alla fine.

Per contrario, i fautori della dottrina obiettiva ripongono l'essenza del tentativo nel fatto rivolto a ledere il diritto altrui, accoppiato naturalmente all'elemento del dolo determinato, e lo fanno risiedere in un principio di esecuzione del delitto, per modo che l'esecuzione, lungi dal limitarsi a manifestare il conato, lo costituisce a dirittura.

5. Un rapido esame di quest'ultima teorica ci schiuderà la via a meglio comprendere le differenze intercedenti tra la scuola classica e la positiva di diritto penale su l'argomento.

I seguaci della teorica obiettiva si sono divisi in due campi: alcuni dicono che il tentativo è un frammento del delitto consumato, una parziale effettuazione della volontà, una parte oggettiva del fatto costituente reato ; e però (nel collocarlo nella teorica del grado nella forza fisica del delitto, in quanto i momenti fisici dell'azione appariscono soggettivamente ed oggettivamente incompleti) richiedono che l'idea abbia principiato a concretarsi in un fatto, la cui essenza sia quella stessa del delitto voluto, e che abbia posto in pericolo attuale ed imminente lo speciale diritto

---

produrre una certa quantità di male, gli accidenti materiali ed esteriori (p. e. l'effetto in parte fallito) non iscemano la proporzione esatta della cagion criminosa con l'effetto », per cui ogni tentativo deve punirsi al pari del corrispondente delitto consumato « e di più, nella misura delle pene, il maggiore o minor danno avvenuto non esercita alcuna influenza, dovendo attendersi solo alla deliberata volontà di produrre una certa quantità di male ».

Per contrario, il Mancini giustamente dimostrava erroneo questo dominio esclusivo del principio morale, per il quale tutto consisterebbe nel dolo, e non nel danno : *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (Fondamenti della filosofia del diritto, e singolarmente del diritto di punire, Torino 1853 — V. anche : *Mancini :* Relaz. sul progetto di Cod. pen.).

aggredito dal colpevole (*pericolo nato o pericolo corso*): vale a dire, esigono che l'atto esterno, rappresentante un momento fisico del corrispondente delitto consumato, oltre a rivelare la temibilità dell'agente (volontà pericolosa), contenga altresì, nel caso concreto, un *periculum in re*.

Altri, invece, sostengono che il tentativo non è una parte aliquota, un frammento del reato consumato, ma ne diversifica per qualità, tanto da non occorrere, per reprimerlo, il pericolo obiettivo, concreto, dovendo poggiare su la base della *causalità potenziale*. Per conseguenza nient'altro richiedono, se non la possibilità del sorgere dell'evento, ossia la capacità negli atti compiuti a produrlo, non dovendo badarsi alla idoneità loro come qualità immanente all'azione, bensì alla potenzialità della lesione giuridica in astratto.

Conseguenza logica di quest'ultima opinione è l'impunità del solo tentativo con mezzi assolutamente inidonei: conseguenza logica della prima dovrebbe essere l'impunità del conato anche con mezzi relativamente inidonei, quantunque qualche propugnatore della prima opinione pensi altrimenti.

D'altra parte, mentre da quasi tutti si conviene nello escludere (almeno di regola) la punibilità come conato degli atti preparatorii (1), non si è, in vece, d'accordo circa il criterio di distinzione loro dagli atti esecutivi, nè sulla questione se gli atti esecutivi debbano essere idonei alla consumazione del maleficio.

6. In proposito riteniamo, che se il modo di agire di un individuo si rivela, in un caso concreto, insufficiente, vale a dire relativamente inidoneo a violare il diritto speciale

---

(1) Sono di contrario parere Waecter, Hepp, Tittmann, Martin e pochi altri.

aggredito, ma capace tuttavia di consumarne l'offesa nella generalità dei casi, lo si debba considerare come intrinsecamente pericoloso *(periculum in re)*, in quanto il legislatore, nel decretare le pene, ha atteso al naturale e normale corso degli eventi, *ad id quod plerumque accidit,* in una parola all'ordinario nesso causale delle cose di questo mondo, secondo le leggi cosmiche.

Ne sembra, quindi, adottabile, qual criterio sovrano ed indefettibile regolatore della materia, il seguente: Nel concorso dell'elemento intenzionale (dolo determinato), si ha tentativo punibile ogni qualvolta gli atti compiuti sono *di lor natura pericolosi,* cioè a dire produttivi di pericolo attuale ed imminente per il diritto speciale dal colpevole attaccato, o per lo meno intrinsecamente acconci a violarlo nella generalità dei casi, abili cioè (astrattamente considerati) a produrre l'evento, in modo da trovarsi insito il pericolo nella potenzialità loro di consumarne l'offesa.

Formola esatta, perchè il pericolo racchiuso nell'azione intrapresa con mezzi sufficienti nel corso ordinario degli eventi, è uno stato di fatto, offerente una norma vera e certificabile, in faccia al quale lo speculativo dileguasi — formola completa, perchè comprende l'intenzione diretta positiva ed il pericolo, vale a dire i due elementi costitutivi del conato (elemento morale e fisico), senza dei quali mancherebbe la forza morale soggettiva o la forza fisica oggettiva del medesimo.

7. Rispetto alla distinzione tra gli atti preparatorii e gli esecutivi, la maggioranza degli scrittori è d'accordo nel riconoscere l'impossibilità di tracciarla in modo preciso ed invariabile (1).

---

(1) « La distinzione fra le così dette azioni preparatorie (impunibili) e le azioni di tentativo (punibili) non può trovar fondamento nei principii e nella dottrina ». (Geyer: Del tentativo, nella Riv. pen. XV, pag. 373). —

Qualche scrittore, però, si è voluto accingere alla ricerca di una formola scientifica comprensiva in proposito: il Tolomei p. e. ha qualificato atti preparatorii quelli non necessarii all'essenza del conato e che possono perfino mancare, e nondimeno il reato venire commesso egualmente (1): formola troppo vaga ed indeterminata — il Benevolo ha chiamato esecutivi gli atti esprimenti per sè stessi (a differenza dei preparatorii) l'intenzione di violare *in genere* il diritto (2): formola escludente l'univocità dell'azione verso un determinato misfatto — ed il Carrara, dopo aver assunto la mancanza di univocità a carattere precipuo degli atti preparatorii (3), distinguendo la preparazione dalla esecu-

---

Hepp: Negli scritti germ. del Mori, vol. III. — *Berner:* Trattato di dir. pen., Milano 1877 — *Cohn:* Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen, Breslau 1880 — *Schütze:* Lehrbuch § 135. — *Schwarze:* Manuale dell'Holtzendorff p. 278 — Lo *Zachariae*, dopo aver affermato che gli atti esecutivi consistono nell'applicazione dei mezzi preparati prima col fine di effettuare il reato, si è, da ultimo, limitato a raccogliere una grande quantità di atti (da lui creduti preparatorii) in gruppi e classi, senza, naturalmente, comprenderveli tutti, anzi annoverandovene alcuni, dichiarati esecutivi dal Mittermaier e del Bauer. — Il *Rossi*, dopo aver proposto un argomento assai specioso, dicendo: che, nel periodo della preparazione l'agente può dire: « Io non voglio cominciare », laddove nel periodo della esecuzione può dire soltanto: « Io voglio cessare », ha finito col dichiarare: « Il est peut-être impossible de déterminer par une loi et d'une manière générale les caractères précis auxquels on puisse reconnaître dans tous les cas le véritable commencement d'exécution du délit, et en distinguer les actes de ceux qui ne sont que préparatoires » (Traité de dr. pén. Bruxelles 1835 liv. II ch. XXIX). — *Carmignani:* Teoria delle leggi della sicurezza sociale, Pisa 1831. — « La nozione singolare e concreta del tentativo in confronto all'atto preparatorio ed al reato mancato fa tuttora assoluto difetto » (*Buccellati:* Op. cit. n. 383). — « Tra atto preparatorio ed atto di esecuzione, il voler distinguere è impossibile: genera necessariamente il capriccio e l'arbitrio; spesso non corrisponde alla realtà obiettiva » (*Oliva*: Op. cit. pag. 19). — Lo *Zuppetta* dice che la distinzione tra gli atti preparatorii e gli esecutivi è, per lo meno, mal sicura in pratica. — *Nypels:* nella nota 563 a Chauveau et Hélie. — *Ortolan:* Éléments de droit pénal.

(1) *Tolomei:* Dir. e proc. penale, Padova 1874 p. 293.

(2) *Benevolo:* Il tentativo nella legge e nella giurisprudenza, Torino 1887.

(3) Conformi *Brusa:* Prog. di cod. pen. olandese, Bologna 1878, pag. XXI della prefaz. — *Paoli:* Nozioni elementari di dir. pen., 1871, pag. 77 — *Cosentino:* Cod. pen. annotato, Napoli 1879, I, p. 152.

zione per la univocità, e la esecuzione dalla consumazione per la presenza coefficiente (e non meramente accidentale) del soggetto passivo della consumazione, ha tentato in sèguito un'altra via, sceverando gli atti preparatorii dagli esecutivi e dai consumativi in quanto i primi cadono sul soggetto attivo secondario del delitto, i secondi sul soggetto passivo del tentativo, e gli ultimi sul soggetto passivo della consumazione (1).

Di fatti, da principio il Carrara sostenne che « la qualità di preparatorio in un atto non può desumersi da altro criterio *tranne* quello della univocità », e che l'*unica* ragione (2) per cui gli atti preparatorii sono esenti da imputazione risiede nell'incertezza della loro tendenza criminosa; di guisa che (nel caso di complicità) avvenendo la consumazione effettiva, e rivelandosi perciò con certezza la direzione loro, diventa punibile chi li pose in essere, a punto perchè se fossero non imputabili soltanto per l'indole loro preparatoria, non sarebbero imputabili nel complice limitatosi a tali atti (3).

Onde la conseguenza: che, allorquando un atto suc-

---

(1) *Carrara:* Programma, parte gen. §§ 393, 398 e 465.

(2) *Carrara:* Programma, parte gen. § 358 — *Benevolo:* Op. cit. numeri 20, 21, 22 e 92.

A buon diritto il *Garofalo* (Criminologia, Torino 1885 pag. 261) ha criticato la dottrina di coloro i quali non considerano come tentativo gli atti preparatorii, per l'*unica* ragione che non manifestano abbastanza sicuramente il vero indirizzo dell'azione. La vera ragione sta, in vece, nella circostanza: che essi non hanno l'intrinseca efficacia di compiere il delitto, e però non turbano la pubblica pace, non mettendo a pericolo la sfera del diritto altrui. Se l'unica ragione di non punire gli atti preparatorii risiedesse nel non presentare essi in modo conoscibile l'essenza di fatto del maleficio voluto, e costituissero tentativo *al solo cessare della loro equivocità*, dovrebbero reprimersi come conato non appena nota la direzione loro mercè la confessione del colpevole, o per via di atti successivi assolutamente inidonei.

(3) Gli atti preparatorii del complice limitatosi ai medesimi non sono imputabili perchè non pericolosi: ma quando il pericolo nasce dal fatto dell'altro complice, diventa imputabile anche il primo, perchè la forza fisica si comunica fra i partecipi, dato il concorso morale.

cessivo, comunque interamente inidoneo, ha dato univocità ad un atto preparatorio precedente, si ha tentativo punibile, come nel caso di chi, avendo apprestato una dose di arsenico sufficiente a dar morte, la scambia, poi, per errore, nel momento di porgerla, con egual dose di polvere innocua, e nell'altro di un certo Laurent Lacroix, il quale, dopo aver apparecchiato un fucile carico per uccidere il figlio — e da costui scaricato e riposto a suo luogo, ad insaputa del padre — alla sera die' lo scatto al fucile vuoto per esploderlo contro il figlio (1).

---

(1) *Carrara*: Programma, parte gen. § 364 in nota — *Pirroni Ferrante*: Se possa imputarsi di tentativo ecc. (Arch. giur. Vol. X, 1872, pag. 396 e seg.).

La nuova scuola di diritto penale va oltre, e nell'ultima fattispecie ravvisa un omicidio *mancato*, in luogo di un tentativo *remoto*, fondandosi su la considerazione della non diminuita temibilità del colpevole « per la circostanza fortuita ed a lui ignota che il mezzo avesse cessato dall'essere idoneo » (*Garofalo*: Op. cit. pag. 271), senza pôr mente: 1) che il Lacroix non aveva fatto tutto il necessario alla consumazione, accertandosi, prima dello scatto, se l'arma fosse ancora carica al momento della esecuzione — 2) che l'ostacolo esisteva prima ancora del compimento dell'ultimo atto di sgrillettare il fucile — 3) e che l'inidoneità degli atti distrugge il delitto mancato, a qualunque momento intervenga (*Carrara*: Programma §§ 407 e 410), onde la salvezza del figlio provenne da omessa diligenza (vizio di volontà) del padre, ossia dal modo di agire di costui.

Come nell'ipotesi dello scambio dell'arsenico con una polvere innocua, manca all'azione persino la capacità in astratto (causalità potenziale) di produrre l'evento, così nell'altro del Lacroix, se lo scatto dell'arma scarica valse ad accertare l'intenzione di costui, non fece tuttavia diventare pericolosa l'azione, anzi l'atto di sgrillettare il fucile scarico rese vano e tolse ogni pericolo al precedente caricamento (se di pericolo vi era luogo a parlare fino a quel punto, in cui l'atto esterno era ancora preparatorio, e privo del grado di rischio indispensabile a costituire la forza fisica del tentativo); laonde, diventato assolutamente inidoneo e non pericoloso il modo di agire del Lacroix, ne cessò l'imputabilità, sì a titolo di tentativo, come di omicidio mancato.

In entrambe le suddette ipotesi, il fortuito frastornatore dell'evento, *insito nel modo stesso di agire dell'individuo*, in luogo di *sopraggiungere* durante il corso dell'azione, l'*accompagnò fin dal principio*, ossia all'inizio dell'esecuzione; e però il pericolo non apparve nel momento a punto in cui avrebbe dovuto principiare.

Se nei precedenti atti preparatorî c'era l'idoneità, mancava tuttavia la sufficienza ed il pericolo; e siccome la legge punitiva non si estende alle azioni spoglie della potenza di nuocere, così è vano il parlare di tentativo.

All'uopo il Carrara ha distinto gli atti preparatorî in modo assoluto, da quelli preparatorî in modo contingente o condizionale, dicendo: « Sono preparatorî in modo assoluto quelli atti nei quali assolutamente manca il carattere di principio di esecuzione, di guisa che dove pure le *dichiarazioni del giudicabile* rendano certi che furono diretti ad un delitto, pure non possono senza ingiustizia punirsi come tentativi, per un difetto che è nella natura loro, il difetto cioè di ogni esordio di *pericolo attuale*.... Sono invece preparatorî in modo contingente o condizionale quelli atti che rispetto ad un dato intendimento dello agente avrebbero l'indole di cominciamento di esecuzione del delitto, ed offrirebbero un *principio di pericolo attuale;* ma spessissimo si debbono guardare come meramente preparatorî per la mancanza di univocità, e lasciarsi impuniti perchè non si è certi che tendessero ad un delitto » ed « essendo questa la *sola* ragione che porta a dirli preparatorî, ne avviene per buona logica che, quando i medesimi si accompagnino da tali *condizioni materiali,* che manifestino indubitata la loro direzione ad un dato delitto, possano senza errore punirsi come conati, perchè in loro il *carattere di esecutivi* e il *pericolo attuale* vi è ». — Però, ha soggiunto: se codesti atti preparatorî acquistano carattere di tentativo al cessare della loro equivocità per effetto di atti successivi, che li rendono univoci, non hanno tale potenza

Per queste ragioni non c'è tentativo con mezzi assolutamente inidonei, quando l'agente, dopo averne preparato di sufficienti, nel momento dell'esecuzione (per errore o per inganno altrui) li scambia con altri del tutto inefficaci. In tal caso, la circostanza impeditrice del successo criminoso, benchè difforme, non è indipendente dalla volontà dell'agente, la cui negligenza ed errore hanno causa e radice nella sua volontà, per non essersi accertato se il pacco contenesse zucchero o veleno, e se l'arma fosse ancora carica.

Qualcuno, per giustificare la punibilità del Lacroix, ha fatto ricorso al concetto della minaccia, dimenticando che l'essenza di essa sta nell'animo di *atterrire*, del tutto alieno da chi ha l'*animus necandi,* e che la minaccia é delitto contro la libertà individuale, laddove il tentativo di omicidio è reato contro la persona.

le sole susseguenti *dichiarazioni verbali* del colpevole, dovendo la univocità risultare da atti *esecutivi*, non da *mere confessioni* (1).

Tuttavia siffatto criterio della univocità degli atti, estrinseco alla esecuzione del delitto, spesse volte prepostero e non decisivo, e prescindente dal *periculum in re* (2), è stato respinto e sconfessato dallo stesso Carrara perchè troppo empirico e per conseguenza fallace, potendo accadere « che un giudice trovi un criterio di univocità in argomenti *estrinseci agli atti stessi*. Laonde è da preferirsi una ragione di quel precetto, la quale derivi dalla natura intima dei così detti fatti preparatorî, posti a fronte delle regole cardinali sulla politica imputabilità. *E tali ragioni mancano*. Appagandosi della ragione della mancata univocità, si scambiò il terreno sul quale doveva essere posto il problema: una questione puramente *ontologica* si convertì in una questione *di prova e di convinzione* » (3).

Esso non è accettabile per più ragioni:

1) Perchè lascia aperto l'adito a confondere la prova della criminosità dell'intenzione e della direzione sua verso un dato delitto, risultante dagli atti compiuti, con la prova della natura e dell'efficacia degli atti stessi, i quali possono essere tuttavia fin da principio, o diventare durante l'*iter criminis*, assolutamente inidonei: onde il rischio di punire la nuda volontà criminosa manifestata *in modo non pericoloso;*

---

(1) *Carrara*: Programma parte gen. §§ 358 e 364 in nota.

(2) Diciamo che il concetto della univocità degli atti esterni prescinde dal *periculum in re*, perchè, sebbene il Carrara abbia intravveduto sempre, nei suoi ragionamenti, la necessità del pericolo attuale per la punibilità del tentativo, dicendo: che gli atti preparatorî in modo assoluto non costituiscono conato per difetto di *pericolo attuale*, e qualificando come preparatorî in modo condizionale quelli che offrirebbero un principio di *pericolo attuale*, e diventano punibili al cessare della loro equivocità, in quanto in essi il *pericolo attuale* vi è — tuttavia, di fatto, si è acconciato alla repressione di azioni non pericolose.

(3) *Carrara*: Atti preparatorî (nel Giornale delle leggi, XII, pag. 148) — Reminiscenze di cattedra e foro, Sinopsi del conato, pag. 261 e seg.

2) Perchè non distingue il pericolo incerto e di mera previsione, dal pericolo effettivamente corso dal diritto attaccato, o per lo meno da quello nascente dall'obiettiva efficacia dell'azione a violare il diritto stesso nei casi ordinarî (danno potenziale);

3) Perchè permette la repressione di atti preparatorî, per sè stessi non pericolosi, susseguiti da atti esecutivi affatto inidonei: la qual cosa importa colpire la volontà;

4) Perchè non può dirsi (come vorrebbero i sociologi-criminalisti) che, pur mancando il pericolo nell'azione, vi abbia nondimeno pericolo *rivelato dall'azione,* essendo incomprensibile lo spuntare di qualsiasi pericolo da atti che ne sono privi. Essi potranno rivelare una volontà rea, e se vuolsi pericolosa (nel senso di perseverante *usque ad finem*), o in altri termini un individuo temibile nell'avvenire, un futuro delinquente (pericolo appreso, di mera previsione), ma non costituiranno mai l'elemento fisico di un tentativo criminoso, perchè con atti assolutamente inidonei e non pericolosi non si comincia ad eseguire;

5) Perchè l'univocità degli atti è concetto affatto relativo « di guisa che un identico atto può essere volta a volta giudicato dal giudice preparatorio o tentativo, secondo le circostanze, come può essere tentativo o reato mancato, secondo la singolare determinazione dell'evento, secondo che si avvisa che quell'atto fu ultimo, o che altro abbisognasse al termine » (1): l'univocità deve procedere dall'intrinseca natura dell'atto, e sussistere tanto nell'ordine subiettivo, quanto nell'obiettivo;

6) E perchè, come sopra si è detto, il criterio dell'univocità converte una questione ontologica in una questione di convinzione e di prova.

L'altra formola, escogitata dall'illustre criminalista, per

---

(1) *Buccellati:* Op. cit. n. 383.

distinguere gli atti preparatorî dagli esecutivi e dai consumativi, secondo che cadono sul soggetto attivo secondario del delitto (preparatorî), o sul soggetto passivo del tentativo (esecùtivi, conato remoto), ovvero sul soggetto passivo della consumazione (conato prossimo), non iscioglie il problema, restando pur sempre a sapersi, se ed in quali casi gli atti svolgentisi sul soggetto passivo dell'attentato costituiscano tentativo punibile, ovvero se possano e debbano considerarsi piuttosto come reati per sè stanti, quando l'aggressione del diritto non è realmente incominciata. E però il Carrara stesso ha finito per confessare che la proposta distinzione « facilissima a comprendersi in astratto, è difficilissima a concretarsi » (1).

Dal fin qui detto risulta :

a) Essere impossibile dettare una norma precisa, generale e costante, per distinguere gli atti preparatorî dagli esecutivi (2);

b) Nessuna azione esterna costituire tentativo, se non pericolosa in sè stessa e capace almeno di danno potenziale (3);

c) Gli atti preparatorî non costituir mai conato, perchè

---

(1) *Carrara*: Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (Opuscoli, Vol. I pag. 84).

(2) Perciò molti scrittori si sono contentati di formole generiche nel determinare il punto in cui comincia il tentativo punibile: così ad esempio l'*Impallomeni* (Cod. pen. illustrato pag. 196), il *Taranto* (Del tentativo punibile, Palermo 1870), l'*Oppermann* (Ueber die Unterscheidung von Vorbereitungshundlung und Versuch) ed il *Mittermaier* (Del punto onde comincia la penalità del conato a delinquere, negli Scritti germanici del Mori, Livorno 1846, pag. 255 e seg. — Della differenza fra i delitti consumati e tentati e dei gradi del conato, ivi pag. 280).

(3) Non consentiamo col *Garbarini*, che nessuna differenza reale corra tra gli atti preparatorî e gli esecutivi, tranne nell'ordine cronologico, e tutto sia esecuzione dai primi e più lontani atti iniziali fino agli estremi confini del tentativo, tanto da doversi ritenere empirica, antiscientifica ed improduttiva di effetti giuridici la distinzione tra gli uni e gli altri (Op. cit. pag. 213 e 217). — Se così fosse, dovrebbero costituire tentativo punibile anche i meri atti preparatorî assolutamente innocui e non pericolosi.

sforniti di pericolo attuale ed imminente, e non idonei neppure astrattamente a violare il diritto aggredito nella generalità dei casi.

8. Rispetto all'altra questione: se gli atti esecutivi debbano essere idonei alla consumazione, i seguaci della teorica obiettiva si sono scissi in tre diverse opinioni:

1) Alcuni negano la punibilità del tentativo nel caso d'inidoneità assoluta (subiettiva, astratta) dei mezzi impiegati, ammettendola, in vece, nel caso d'inidoneità relativa (obiettiva, concreta) (1);

2) Altri, pur considerando il tentativo con mezzi assolutamente inidonei come azione, di regola, indifferente, ne propongono in taluni casi eccezionali la repressione, mercè la configurazione da parte del legislatore di reati speciali (2);

3) Altri, infine, propendono per l'impunità degli atti anche relativamente inidonei (3).

---

(1) Sono di tale avviso: *Mittermaier* (Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1816 e negli scritti posteriori : Gerichtssaal del 1859), *Zachariae* (Die Lehre vom Versuche der Verbrechen I § 136 Götting 1836), *Chop* (Arch. des Crim. Rechts, 1842), *Habicht* (Rechts Erörterungen, 1843), *Berner* (Lehrbuch des deutschen Strafrechts p. 180 e seg.), *H. Meyer* (Lehrbuch 1877), *Schütze* (Lehrbuch p. 136), *Marezoll* (Lehrbuch p. 120 e seg.), *Oppenhoff* (Commentar), *Feuerbach* (Lehrbuch § 42, anno 1880), *Binding* (Die Normen, II p. 411 e seg.), *Pessina* (Op. cit.), *Carrara* (Op. cit.), *Oliva* (Op. cit.), *Rauter* (Traité théorique et pratique de droit criminel, 1836), *Ortolan* (Résumé des éléments de droit pénal, 1867), *Bertauld* (Cours de droit pénal). *Le Sellyer* (Traité du droit criminel, 1844), *Trebutien* (Leçons de droit criminel) ecc. ecc.

(2) *Cohn* (nell'Arch. del Goltdammer 1880 fasc. V. — Op. cit.). — *Liszt* (Das fehlgeschlagene Delickt und die Cohn' sche Versuchstheorie, nella Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft 1881, fasc. 2 — Das Reichsstrafrecht Berlin 1881).

(3) *Geyer*: Erörterungen über den Thatbestand der Verbrechen § 9 — Ueber die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen, nella Gerichtssaal del 1866 p. 70 e seg. — Del tentativo, nella Riv. pen. — *Rubo* : nella Gerichtssaal, 1859.

Non sarà del tutto inutile un rapido esame delle tre diverse opinioni:

I. Le ragioni generalmente addotte a confutazione della prima (1) si possono così riassumere:

a) Il dire non pericolosa un'azione intrapresa con mezzi assolutamente inidonei è un errore, altrimenti converrebbe lasciare impuniti anche i tentativi con mezzi insufficienti o relativamente inidonei, con i quali neppure si riesce a danneggiare altrui: una dose di veleno troppo tenue per un dato individuo eccezionalmente robusto è cosa innocua, può dirsi non sia veleno;

b) Altro sbaglio è il richiedere la volontà rea concretata in un'azione capace di produrre l'evento, imperocchè l'intenzione si palesa obiettivamente sia usando un mezzo inidoneo, sia insufficiente, con l'unica differenza che, nel primo caso, l'agente erra nella qualità, nel secondo, nella quantità;

c) L'asserire che dalla inidoneità del mezzo desumesi, talvolta, se vi fu intenzione rea, significa confondere una questione di prova, con una questione sostanziale di esistenza o meno del maleficio;

d) È vano il dire che, con mezzi assolutamente inidonei, non si dà principio di esecuzione, non potendosi cominciare ciò che non è dato compiere — dappoichè esiste

---

(1) Sostengono la punibilità del tentativo anche con mezzi assolutamente inidonei, allegando la necessità di rintuzzare la perversa volontà dell'agente, salvo a lasciarlo impunito per ragioni di politico interesse: *Kostlin* (System des deutschen Strafrechts I p. 224 e seg.) — *Hälschner* (System, p. 184 e seg.) — *Bar* (Zur Lehre vom Versuche und Theilnahme, Hamburg 1859) — *Buri* (Zur Lehre vom Theilnahme, 1860 — Abhandlungen, 1862) — *Hertz* (Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln 1874) — *Seeger* (nell'Arch. del Goltdammer, 1870 p. 240) — *Scherer* (Ueber die Strafbarkeit des Versucher ecc. nella Gerichtssaal, Vol. XXIX fasc. 7, 1878) — *Leonhardt* (Commentar, I p. 192 e seg.) *Schwarze* (Man. dell'Holtzendorff Vol. II. p. 290 e seg.) — *Tittmann* (Prog. di un cod. pen. per il Regno di Sassonia, nei motivi p. 27) — *Lammasch*. (Das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begrift des Verbrechens-Versuchs, Vienna 1879).

pur sempre un'azione, la quale, sebbene inidonea, deve considerarsi non come parte di reato non venuto ad esistenza, ma come manifestazione di una truce volontà. Altrimenti dovrebbe lasciarsi impunito, per la stessa ragione, il conato intrapreso con mezzi relativamente idonei;

e) E' vero che il legislatore non può vietare nè punire cose impossibili; però il tentativo è soltanto tentativo, e non delitto consumato; e quand'anche impossibile la consumazione è possibile nondimeno il tentativo;

f) E' un'inconseguenza l'escludere dall'imputazione dell'agente il caso produttore di un'offesa, e lo ascrivere in vece a sua discolpa il caso frastornatore dell'evento.

Si è conchiuso, quindi, che il tentativo o deve punirsi sempre, anche con mezzi assolutamente inidonei, trovandosi, a lato di un'azione innocua, una volontà nefasta esplicatasi in un'azione determinata, o non reprimersi mai.

La risposta è agevole: Un'azione intrapresa con mezzi assolutamente inidonei non è mai pericolosa, nè in concreto, nè in astratto — al contrario, un'azione incoata con mezzi relativamente inidonei è pericolosa a cagione della potenza di produrre l'evento nei casi ordinarî. Nella prima ipotesi, si ha un'intenzione criminosa esplicatasi in modo innocuo sotto qualsiasi riguardo; nella seconda, si ha un fatto normalmente causativo di pericolo reale, gravido cioè di danno potenziale.

Nell'uso di mezzi assolutamente inidonei, non è il *caso* che impedisce il successo, ma la natura stessa dei medesimi. Oltre di che, essendo il conato un'azione delittuosa in via, quando il fine reo non può affatto raggiungersi per l'indole degli atti intrapresi, il cammino percorso non costituisce incominciamento di esecuzione: « Un'esecuzione con mezzi inidonei non è in criminale un'esecuzione » (1); e tutte le

---

(1) *Ellero:* Opuscoli crim., Bologna 1881 pag. 323.

volte che la figura giuridica del delitto consumato non può sorgere, è assurdo favellare di tentativo di esso (conato di cosa impossibile). E però il voler ritrovare tentativo punibile in una risoluzione esplicatasi in atti *innocui sempre, contro chiunque diretti*, significa voler costruire il conato con uno solo dei due elementi, che çoncorrer debbono simultaneamente a costituirlo.

Taluni, in proposito di mezzi inidonei, distinguono secondo che sono tali per *qualità* o per *quantità*, e secondo che la natura loro è *nota* o meno a chi li adopera, dicendo che, se sono inefficaci per *qualità*, il tentativo non è punibile *a condizione* che la natura loro sia *nota* all'agente, nè dipenda da mero caso se non si valse del mezzo idoneo esistente a sua disposizione. Così ad es. reputano non punibile chi recita preci affinchè taluno muoia, chi sa di somministrare magnesia credendola sostanza mortifera, chi spara con arma carica a sola polvere nella fidanza di riuscire ad uccidere ecc., considerando codeste azioni come *folli e da matti*, tanto da non lasciar temere nè dei loro autori, nè di chi si accingesse in avvenire ad imitarli.

Viceversa, ritengono punibile il tentativo quando l'agente, versando in *errore* circa la *qualità* del mezzo adoperato, scambia, per puro equivoco, il mezzo idoneo già preparato con altro del tutto inidoneo, come nel caso di chi « essendosi procurato un'abbondante dose di arsenico, per materiale errore, nel cibo destinato alla vittima mesce dello zucchero invece della polvere fatale », nel qual caso domandano: « perchè il fortuito accidente, che non giova al colpevole quando si verifica più tardi (1), deve giovargli se si verifica

(1) Come nell'ipotesi di chi « somministra a taluno nel cibo una dose sufficiente per sè medesima ad ucciderlo, ma per fortuito accidente l'avvelenato mangia una sostanza che attenua gli effetti del tossico, mentre che se avesse ingoiata quantità maggiore ei sarebbe morto ad ogni modo » (Oliva: Op. cit. pag. 25). Ma qui l'omicidio è *mancato!*

un poco prima? E il diritto alla sicurezza della vita non sarà già offeso, poichè l'esistenza di un uomo fu tanto insidiata, che un leggerissimo aumento di *attenzione* sarebbe bastato a farla perdere inesorabilmente? » (1).

Trattandosi, poi, di mezzi assolutamente inefficaci per *quantità*, distinguono parimenti se l'agente *conosceva o ignorava* di qual dose, pongasi, di veleno, si servisse. Propinandone una quantità affatto insufficiente, nell'erronea credenza opposta, non dev'èssere punito. Al contrario, se ignorava di qual dose di veleno si servisse, ma sapeva occorrerne per uccidere almeno venti granelli, senza i quali il mezzo sarebbe stato assolutamente inidoneo, e, credendo adoperarne venti, per isbaglio ne somministrò soltanto diciotto, il tentativo esiste purchè tutti i venti granelli fossero a disposizione dell'agente « imperocchè il fatto ha dimostrato come abbiavi una volontà armata di mezzi idonei, la quale, *ove di nuovo si esplicasse*, non importa quando, e per parte di chi, perverrebbe *probabilmente* a conseguire l'estinzione di una vita umana, estinzione evitata questa volta solo per un fortuito accidente » (2).

Anche qui è osservabile che, nel primo caso, di chi ritiene scioccamente la magnesia sostanza tossica o si lusinga di poter uccidere con un fucile carico a sola polvere, il tentativo sparisce non tanto per la presunta follia e conseguente non temibilità dell'agente (il quale, anzi, può essersi adoperato alla strage con incredibile tenacia e malvagità di proposito, e per i motivi più abbietti e più infami di questo mondo), quanto per l'impossibilità assoluta del verificarsi dell'evento e la conseguente mancanza di ogni pericolo (difetto di forza fisica oggettiva). Non diremo, quindi, col Geyer, ricorrere l'impunità perchè l'agente nulla fece di quanto

---

(1) *Oliva:* Op. cit. pag. 25 e 26.

(2) *Oliva:* Op. cit. pag. 29. Ma, si noti, nella specie la volontà non è più armata di mezzi idonei, al principio dell'esecuzione.

voleva e soltanto apparentemente la sua azione corrispose all'intenzione, laddove in realtà l'accordo mancò, in quanto voleva mescere non una sostanza innocua, ma del tossico — non diremo neppure col Köstlin che, se l'intenzione fu immorale, non fu delittuosa — nè, col Bar, che se l'agente coltivò un desiderio, non svolse una volontà rea — escluderemo, piuttosto, il conato non tanto per difetto dell'elemento intenzionale, quanto del fisico.

Lo stesso dicasi nell'ipotesi dello scambio del veleno già apparecchiato, con una dose uguale di zucchero, avvenuto per equivoco o per pietoso inganno altrui. Qui pure l'azione cominciò in modo non pericoloso nell'istante a punto, in cui il pericolo avrebbe dovuto spuntare (cioè, all'inizio dell'esecuzione), ed il fortuito dipese dal comportamento stesso dell'agente, nel quale era insita la salvezza della vittima, vale a dire dalla mancanza di attenzione e quindi dalla volontà di lui.

Identiche ragioni ricorrono per l'impunità del tentativo nell'altra ipotesi di errore nella quantità dei granelli di veleno, somministrati in numero assolutamente insufficiente, ove non vogliasi punire *soltanto per una probabilità futura*. Onde il Geyer ed il Carrara rettamente notano: Il precetto che dice: « tu non devi uccidere » ha la stessa significazione come si dicesse: « tu non devi operare in guisa, che ne possa derivare la morte d'un uomo ». Per conseguenza, divietata è qualunque attività che possa diventar causa di morte; non divietata dal precetto proibitivo dell'omicidio è qualunque azione che *non può* recare la morte di una persona. Ora questo *non può*, convien giudicarlo *non secondo l'opinione dell'agente*, sibbene secondo il vero nesso causale delle cose di questo mondo. Proibita è ogni azione la quale, nel campo della possibilità, sia capace di uccidere, cioè tutto quello che alla umana vita sia nocivo, non quello che taluno fallacemente reputi mortifero.... Il precetto proibitivo in realtà parla a noi *col linguaggio delle leggi cosmiche*, perciocchè il giure punitivo non guardi soltanto ad opinioni o fantasie nostre

sul nesso delle cose naturali, ma contempli la legge vera e il rapporto reale che costituisce il nesso causale onde si regge l'andamento di questo mondo ». Nel tentativo con mezzi assolutamente inidonei « l'agente *reputa* di operare contrariamente ad un precetto penale, ma, con la sua opera, non commette alcun attacco al bene difeso dalla legge, perchè quell'azione è inane. Il bene della vita umana non potrà mai esser tocco, per quante volte si dia lo scatto ad un fucile scarico, per quante volte con un fucile carico si faccia fuoco contro un cadavere, per quante volte una formola imprecatoria sia pronunciata coi riti della negromanzia, per quante volte si mescoli in una pozione un cucchiaio di magnesia. Tutte azioni son codeste, le quali *non minacciano menomamente* il bene della vita, cui la legge penale tutela: dunque sono azioni che non contravvengono al divieto dell'omicidio, quand'anche l'agente da parte sua *creda* di maneggiare un fucile carico, o di far fuoco sopra un vivo, o di mescolar arsenico, o di poter con sortilegi uccidere taluno. Chi, adoperando così, coltivi pensieri omicidi agisce (non v'ha dubbio) contrariamente al precetto morale, ed eticamente par degno di riprensione: così si spiega l'opinione di coloro che vorrebbero punite le cosidette azioni inidonee; ed anzi, in certi casi — aggiungiamo noi — a guardar la moralità, può essere che nell'agente troviamo una straordinaria perversità. Ma, d'altra parte, la pena non si può irrogare contro tutto ciò che eticamente sia degno di censura; i mali sentimenti, le turpitudini morali non possono venir puniti per sè medesimi; punibili sono soltanto quelle azioni le quali *in sè contengano l'obiettiva condizione del reato*. Esiste in tutta la sua pienezza l'uno dei due elementi del reato doloso, la intenzione delittuosa; ma ciò, da solo, non basta, perchè si irroghi la penalità; conviene che si aggiunga la coesistenza del secondo elemento, la *mala azione*, almeno nel suo svolgimento parziale » (1). « Dove cessa il pericolo non resta

(1) *Geyer:* Il tentativo (nella Riv. pen. pag. 11 e 12).

che la malvagia volontà, perchè l'atto esterno inidoneo è *come non esistente in faccia alla legge sociale;* e la nuda volontà scompagnata da danno e da *pericolo* non si può punire dalla giustizia terrena » (1).

II. La seconda opinione è quella di coloro i quali avvisano che un'azione non perda il carattere di reato per ciò solo che, manifestandosi con mezzi del tutto disadatti allo scopo, difetta del carattere di tentativo, e perciò propongono, in qualche caso, la repressione di questa specie di tentativo come reato speciale, con la debita economia ed entro i limiti del necessario e del giusto.

Il Cohn p. e. ne vagheggia la repressione nei due casi di veneficio e di procurato aborto, adducendo che, nel primo, dipende dalle condizioni del momento l'idoneità o meno dell'azione a cagionare la morte, e che, in entrambi, i risultati dell'istruttoria non riescono mai a chiarire l'idoneità e la quantità del mezzo adoperato. — Coerentemente a queste idee, il Cohn ha ideato il seguente articolo: « Una donna incinta, la quale, nell'intenzione di procurarsi l'aborto o di uccidere il proprio feto nell'utero, adopera mezzi i quali non siano idonei, ovvero di cui non sia provata l'inidoneità, è punita ecc. Non vi è compreso l'uso di mezzi simpatici », ed ha proposto analoga sanzione per il tentativo di veneficio con mezzi assolutamente inidonei, confortando le sue idee con l'esempio della legislazione inglese, la quale si è procurato un surrogato del tentativo per via di reati speciali, qualificando come *attempt to produce abortion* l'uso di *any poison or other noxious thing* (2), e reprimendo la semplice preparazione di istromenti ed altri mezzi idonei a procurare l'aborto (3).

---

(1) *Carrara:* Lezioni sul grado ecc. pag. 49.
(2) *Blackstone:* Commentaries IV, 217.
(3) Progetto di *Criminal Code for England* del 1878, Cap. 23. — V. *Mayer*, nell'Arch. del Goltdammer 1879, pag. 34.

Per dimostrare tutt'altro che strana la proposta di cotali figure di reati speciali, il Cohn ha creduto ricavare altro argomento a favore della sua tesi dalle sanzioni dei codici penali relative all'istigazione a delinquere, contro la quale, sebbene consacrino apposita sanzione nella parte generale, tuttavia nella parte speciale tornano a contemplarla a parte rispetto ad alcuni singoli casi, adattandovi speciali penalità.

Ma poichè nessun precetto legislativo viola chi, adoperando mezzi affatto inidonei, non comincia l'esecuzione del maleficio, così non può parlarsi nè di tentativo, nè di reato consumato speciale, ma soltanto può farsi luogo a provvedimenti preventivi. D'altronde non vi sarebbe ragione di limitare al procurato aborto ed al veneficio la proposta del Cohn, senza estenderla ad altri misfatti. Da noi si è abolita una consimile disposizione contenuta nell'art. 536 del Cod. pen. Sardo, relativa all'omicidio: la si vorrebbe, forse, ripristinare allargandola e rendendola comune ad altri gravi misfatti? Così vorrebbero l'Oliva ed il Garbarini, alle cui idee non possiamo davvero uniformarci (1).

III. — La terza opinione riguarda l'impunità degli atti anche relativamente inidonei.

In proposito il Geyer osserva: « È illecito affermare che, quando l'agente, per l'esecuzione del reato, abbia scelto un mezzo il quale, adoperato in uno od in altro modo (ma in modo diverso da quello da lui usato), avrebbe potuto recare le conseguenze volute, quel mezzo debba per ciò solo appellarsi e sia mezzo idoneo. Così affermando, si perde di vista il significato del concetto di mezzo. Se anche il mezzo scelto, adoperato in una forma piuttosto che nell'altra, avrebbe potuto esser idoneo, la cosa è *indifferente*, una volta che quel mezzo *non fu idoneo* per l'agente che volle usarne » (2).

---

(1) *Garbarini:* Op. cit. p. 208 e 217 — *Oliva:* Op. cit. pag. 26.
(2) *Geyer: Del tentativo*, pag. 382.

Stima, quindi, preferibile, in luogo di correr dietro alla larva della mera possibilità, guardare alla effettiva condizione del fatto, ossia all'operato concreto dell'agente, escludendo qualsiasi delitto, sia tentato, sia consumato, quando esso non racchiude nulla di quanto in realtà si richiede per l'obiettiva effettuazione del maleficio voluto, ed escludendo, per conseguenza, dal novero degli atti di tentativo quelli relativamente inidonei, perchè non presentano l'essenza di fatto di un reato e perchè l'agente non ha voluto il fatto tal quale è avvenuto.

Codeste considerazioni, conducenti alla impunità di qualunque conato, contraddicono alla premessa del Geyer: essere divietata ogni azione che possa recar la violazione del diritto altrui *secondo il nesso causale delle cose di questo mondo*, e muovono da due inesatti presupposti: che torni indifferente l'essenza del mezzo adoperato (assolutamente, o soltanto relativamente inidoneo), una volta chiaritosi inefficace nel caso concreto — e che la mancanza di corrispondenza tra la volontà ed il risultato dell'azione implichi, senz'altro, assenza totale di quanto occorre in fatto a conseguire l'intento.

Oltre al *modo di servirsi di un mezzo* (in quantità relativamente insufficiente), è mestieri guardare alla *intrinseca natura del medesimo*, perocchè se il modo di agire del colpevole può non riuscire, in un caso speciale, mediatore idoneo tra la volontà e la sua attuazione, non per questo sparisce dal mezzo, così come fu usato, l'idoneità *in astratto* e nella generalità dei casi a consumare il maleficio. Tizio propina a Caio una dose di veleno bastevole a dar morte a qualsiasi persona di costituzione ordinaria, ma alquanto manchevole per Caio, di natura *eccezionalmente* robusta, ovvero divenuta insufficiente a cagione di una sostanza, contenuta nella coppa in cui fu versato il veleno, che ne attutì l'efficacia: ecco dei casi d'inidoneità relativa, riguardanti rispettivamente le *condizioni personali* del soggetto passivo della consumazione ed il *modo d'agire* del colpevole: inidoneità o impossibilità momentanea, accidentale, dovuta al concorso benefico

di una circostanza fortuita. — Qui, accanto all'intenzione rea, esiste un'azione di sua natura pericolosa, avente, cioè, normalmente la potenza di spegnere una vita umana; onde, ripetendosi tale quale sopra diverso soggetto passivo, oppure a danno della medesima persona, ma con mutate circostanze personali o reali, il veneficio il consumerebbe. Il pericolo, dunque, *ha esistito*, sia pure per un attimo, *al principio della esecuzione* quando il veleno fu, nel primo caso, trangugiato, e, nel secondo, versato nella tazza presentata alla vittima designata: e fu soltanto *dopo* il compimento di codesti due atti esecutivi ontologicamente pericolosi, che la straordinaria robustezza e forza vitale del paziente da un lato, e la sostanza predetta, dall'altro, cominciando a svilupparsi ed a reagire sul tossico, gli tolsero l'ordinaria potenza mortifera, senza giungere, però, a distruggere il tentativo già avveratosi. La quale cosa non ricorre quando il diritto non può esser *mai*, con gli atti intrapresi, concretamente violato.

Onde il Carrara, riportando per l'appunto l'esempio del veleno gettato nella coppa, scrive: « Quando si parla di tentativo, la inidoneità di un atto non distrugge la idoneità degli atti precedenti. Così, se dopo una serie di atti diretti ad un fine criminoso, e *capacissimi a raggiungerlo*, se ne eseguisce un altro del tutto inidoneo, ed anche distruttivo della idoneità dei primi, *qualora quella specie di atti idonei precedenti già costituisse un tentativo punibile*, l'ultimo atto inidoneo non fa scomparire il tentativo *precedentemente compiuto*. L'errore che avviluppò l'intelletto dell'agente, e lo portò a far l'atto inidoneo supponendolo idoneo, rappresenta il fortuito che impedì l'evento sinistro. Ciò impedì il delitto consumato, ma non distrusse il tentativo già compiuto, non cancellò la imputazione già incorsa, sì perchè *factum infectum fieri nequit*, sì perchè fu questo un processo ulteriore della perseverante volontà criminosa » (1). E qui si noti la

(1) *Carrara:* Lezioni sul grado ecc. pag. 49 e seg.

differenza tra i due casi già riferiti, del Lacroix e di chi scambia il veleno con una polvere innocua al momento di porgerlo alla vittima designata, ed i due casi d'inidoneità relativa testè ricordati: là il pericolo (se di pericolo vi ha luogo a parlare) esistette soltanto durante la preparazione — qui, al principio della esecuzione.

Tutto ciò a schiarimento del Garofalo, il quale non riesce a mettere d'accordo la conclusione della punibilità del tentativo con mezzi relativamente inidonei, col fondamento della punibilità sua (cioè, il pericolo inerente all'azione), non discernendo alcun pericolo reale nelle due ultime fattispecie dianzi accennate (1). Basta pôr mente alla potenzialità della lesione giuridica, ossia al pericolo inerente ai mezzi adoperati, efficaci sotto il duplice aspetto della concludenza intrinseca nella generalità ordinaria dei casi, e della percezione soggettiva delle loro proprietà e funzioni, per convincersi dell'esistenza del tentativo criminoso.

Giova appena avvertire, che, se il mezzo (veleno) è capace di uccidere la persona cui viene somministrato, debole e gracile, il pericolo, e per conseguenza il tentativo, sussiste, quantunque insufficiente la stessa dose per gli uomini di costituzione ordinaria (atti inidonei in generale, ma idonei relativamente all'individuo contro cui sono diretti).

9. Riassumendo, giusta i principî universalmente accolti dalla scuola classica di diritto penale:

1.° Il tentativo consiste nel cominciare a tradurre in atto la volontà diretta verso un determinato maleficio. Questa, quand'anche ritenuta pericolosa o perseverante *usque ad*

---

(1) *Garofalo:* Il tentativo con mezzi inidonei (nell' Arch. di psichiatria 1881, Vol. II. fasc. III, pag. 337 in nota).

finem, non costituisce conato se non trovisi impressa in atti esecutivi capaci di offendere il diritto altrui.

2.° Gli atti preparatori non sono imputabili come conato, perchè di lor natura non pericolosi ed improduttivi di danno potenziale; per conseguenza, se ad essi succedono atti esecutivi, ma assolutamente inidonei, acquistano bensì univocità, ma non diventano passibili di sanzione penale a titolo di tentativo.

3.° Gli atti esecutivi devono essere acconci al raggiungimento del pravo fine. Non v'ha conato con mezzi assolutamente insufficienti: è punibile, in vece, il tentativo con mezzi relativamente inidonei.

Altri insegnamenti fornisce la scuola classica in materia di tentativo, cui esamineremo in apposito capitolo (V. Capo III), raffrontandoli con quelli della nuova scuola.

10. Il nostro Codice penale, seguendo la teorica obiettiva, all'art. 61 ha stabilito, che il delitto è tentato quando l'agente, a fin di commetterlo, ne comincia con mezzi idonei l'esecuzione, ma, per circostanze indipendenti dalla sua volontà, non compie tutto ciò che è necessario alla consumazione di esso (1).

---

(1) Il Brusa, il Lucchini e l'Auriti, avanti la Commissione di coordinamento e revisione del Codice, avevano molto saviamente proposto di togliere dall'art. 61, come superflue, le parole « mezzi idonei », essendo nella formola « cominciare l'esecuzione » già compreso il concetto d'idoneità degli atti. —
Attesa l'indole del presente lavoro, e per non uscire dai limiti che ci siamo prefissi, ci asteniamo da qualunque parallelo legislativo su l'argomento.

CAPO II.

Il tentativo secondo la scuola positiva di diritto penale — Teorica subiettiva.

11. La nuova scuola di diritto penale, adottando la teorica subiettiva, vigorosamente propugnata in Germania da illustri scrittori, in ispecie dal Buri e dall'Hälschner, ed accolta dal Tribunale Provinciale e dal Tribunale Supremo dell'Impero (1), vi ha introdotto parecchie modificazioni e limitazioni, che esamineremo dopo aver premesso un rapido cenno intorno alla predetta teorica. Il Buri e l'Hälschner insegnano che, mancando nel tentativo il danno immediato, valutare e punir debbasi la sola intenzione, poco importando se il delinquente siasi servito di mezzi, coi quali non aveva molta probabilità di riuscita, imperocchè *l'essenza materiale del fatto non ha importanza di sorta.*

Identica massima ha stabilito il Tribunale Provinciale:

---

(1) *Von Buri:* Versuch und Causalität, nella Gerichtssaal, Stuttgard 1880, Vol. 32 — *Hälschner:* Das gemeine Deutsche Strafrecht — Seguono la teorica subiettiva, in Germania: *Köstlin*, *Bar*, *Seeger*, *Leohnardt*, *Schwarze*, *Herz*, *Hepp*, *Lammasch*, *Kohler* ed altri. In Inghilterra essa va perdendo terreno.

La Corte Suprema di Monaco di Baviera, con sentenza 28 aprile 1854, ritenne punibile per tentato aborto una giovane incinta, cibatasi di molti funghi con intenzione di abortire, sebbene quei funghi fossero stati dai medici dichiarati assolutamente inefficaci a conseguire l'intento.

Il Tribunale Supremo dell'Impero germanico fin dal 1874 (sentenza 8 Gennaio) aveva ritenuto non occorrere « perchè esista il principio di esecuzione di un crimine o di un delitto, che i mezzi scelti per l'esecuzione del reo intendimento siano tali da rendere possibile nel caso concreto l'esecuzione stessa: basta... che in via subiettiva l'autore *credesse* di potere, col mezzo adoperato, giungere idoneamente all'esecuzione del suo intento, quando anche l'autore medesimo, nel caso concreto, si sia ingannato sull'efficacia del mezzo, e questo si sia dimostrato insufficiente allo scopo ».

« Per la punibilità del tentativo, altro elemento non si richiede se non questo : che l'azione sia stata intrapresa dall'agente, con la *credenza* che essa avrebbe condotto al fine deliberato », alla quale massima ha fatto plauso il Tribunale Supremo predetto (in assemblea plenaria), con sentenza 24 Maggio 1880 (ric. Sonntag): « Non v'ha dubbio che, nel tentativo, la legge penale si arma contro la manifestazione della rea intenzione: in questo senso trovi nel conato il contrapposto con l'evento lesivo del diritto, che la volontà rea traduce in essere nel reato consumato. Converrebbe dunque prescindere da qualsiasi riguardo alla consumazione del reato (contrapposto del tentativo); nient'altro dovrebbe richiedersi, se non questo solo : che il pensiero delittuoso si fosse manifestato con atti esterni. Dacchè, però, si danno azioni esteriori, le quali derivano bensì da risoluzione rea, ma obiettivamente non portano pericolo all'ordine pubblico e giuridico, alla stessa guisa che nol reca il nudo pensiero del reato ; dacchè senza cosiffatto danno non si dà penalità ; così una scuola assai diffusa vorrebbe, onde si desse punibilità del tentativo, che l'azione si trovasse in rapporto di causalità col compimento del reato : gli è allora, dicesi, che si dà la lesione del diritto, ossia quel danno che è premessa necessaria di ogni penalità. In altre parole si vorrebbero punite quelle sole azioni che, ove l'evento non fosse stato impedito da motivi indipendenti dalla volontà dell'agente, avrebbero recato per conseguenza la consumazione del reato.

Ma la scienza ha già dimostrato luminosamente l'erroneità di questa teorica.

Il nesso causale fra un determinato atto e il risultato cui mira l'agente con l'atto medesimo, non trae incondizionatamente la sua esistenza o la sua inesistenza dall'essere o dal non essere di singoli avvenimenti intermedii. I fatti od i rapporti che esercitano influenza sull'evento finale, sono bensì fattori singoli di causalità, ma solamente nel senso di una maggiore o minore possibilità o probabilità dell'evento stesso, non mai sono fattori di certezza che l'evento

interverrà o non interverrà. Se dalla punizione si esimessero tutte le azioni che escludono ogni possibilità di evento, ne risulterebbe l'impunità di ogni e qualunque conato, più ancora assai che la limitazione della punibilità a quelle sole azioni che hanno una *possibilità relativa di consumazione. Azioni di quest'ultima specie non v'hanno.* E per fermo, causale di un evento non è mai un'azione, se non qualora l'evento si sia verificato: la mancanza dell'esito dimostra che l'azione eseguita *non era causale.*

Oltre a ciò, generalmente parlando, può dirsi che in realtà non v'hanno azioni tali che, in ogni e qualunque circostanza, siano inidonee a procurare l'evento voluto dall'agente (1): d'altronde ogni azione, che non fu susseguita dall'evento cui mirava, si è palesata come *assolutamente* inidonea a recarlo a compimento. Non è, dunque, sulla distinzione di mezzi assolutamente e relativamente inidonei, che si può fondare la punibilità del tentativo, ovvero la sua impunità. A meno che non si voglia ammettere l'impunità di tutte le azioni intraprese con mezzi non idonei, non v'ha ragione qualsiasi di ammetterla per le azioni commesse con mezzi assolutamente inidonei. Anche in questo caso l'agente *ha fatto tutto ciò che credeva acconcio* per mandare ad effettuazione la sua rea risoluzione, e con ciò ha manifestato la sua ribellione contro l'ordine giuridico.

L'errore sull'idoneità dell'atto non può esercitare influenza alcuna sulla sua punibilità. Ogni qualvolta il reato voluto rimase nei limiti del tentativo, *ciò sempre è dipeso da un errore dell'agente,* poichè, nel disegno diretto a tradurre la sua risoluzione in realtà, egli non ha preveduto le

(1) « In quanto all'azione, nulla di certo può asserirsi intorno alla sua efficacia quando non ebbe luogo l'evento desiderato. Non v'ha alcuna azione assolutamente atta a produrre un evento, non ve ne ha alcuna assolutamente inidonea; perciocchè la maggiore probabilità non è mai certezza di riuscita, la minore probabilità non è mai certezza di non riuscita » (*Garofalo:* Criminologia, pag. 268 — *Liszt:* Op. cit. p. 103).

circostanze che mandarono a vuoto l'evento cui mirava. Pertanto è ozioso indagare dove e come abbia errato l'agente: in quali, fra le circostanze di fatto che erano necessarie al compimento del reato, sia caduto il suo errore: *se l'ostacolo sia sopravvenuto durante il corso dell'azione, ovvero se già preesisteva fin dal suo principio*: se i fattori di causalità, di cui l'agente non tenne conto, erano rapporti o fatti a lui estranei: se egli abbia errato circa l'efficacia della sua propria azione: se l'errore sia versato sull'efficacia del mezzo adoperato, vuoi per la specie, vuoi per l'uso: se l'agente abbia errato intorno all'oggetto adoperato come mezzo, sulla qualità che vi abbia attribuita, ovvero ch'egli non abbia ben ponderata ».

Con altra sentenza del 10 Giugno 1880, relativa a preteso tentativo d'infanticidio di un bambino venuto alla luce già morto, lo stesso Tribunale ha proclamato il principio della sussistenza del conato punibile malgrado la mancanza del soggetto passivo della consumazione.

Su queste orme la nuova scuola di diritto penale, facendo proprie le idee del Buri, ha dichiarato: non essere possibile adoperare « come criterio del tentativo in eguale misura la volontà ed il fatto, perciocchè questi elementi *combaciano* soltanto nella consumazione, giammai nel tentativo, in cui vi è sempre la *preponderanza di uno di essi* (1).

---

(1) Non ci sembra esatta l'affermazione che, nel reato consumato, volontà e fatto costantemente combacino: nell'omicidio preterintenzionale p. e., che è pure delitto consumato, l'evento non risponde all'intenzione, ma la supera, nè è dato riscontrarvi la figura giuridica del tentativo — viceversa nel delitto consumato ma non esaurito per accidente, benchè perfetta l'obiettività giuridica, non è raggiunta quella ideologica, la quale va oltre l'evento, onde la volontà non si attaglia al fatto.

Ancor meno convincente è l'altro assunto: che, nel tentativo possa ritrovarsi preponderanza del fatto su la volontà. Se ciò potesse avvenire, spunterebbe il mostro logico (per dirla col Carrara) di un tentativo colposo, in cui l'evento supererebbe il fine, laddove nel conato è sempre l'affetto che prevale sull'effetto, esulandone, nel caso opposto, la nozione per ragion di eccesso (*Carrara*: Programma §§ 366 e 380).

Diventa, dunque, *necessario* scegliere l'uno o l'altra come criterio della criminosità dell'azione. Ora, se l'evento non ebbe luogo del tutto, è *indifferente la quantità obiettiva*, cioè il punto a cui giunse la realizzazione del proposito. Il risultato voluto, ma non ottenuto, indica, in ogni caso, una impossibilità *specifica o relativa*. Ciò che rimane in realtà è unicamente *la manifestazione, la espressione della volontà dell'agente*... Da ciò segue che quella parte di fatto compiuta che può ritrovarsi nel tentativo è *priva di qualsiasi significato* » (1).

Il Fioretti, premessa l'asserzione che la scuola classica non punisce *ne peccetur*, e che « la teoria obiettiva del tentativo significa considerare il fatto *indipendentemente dall'agente* che lo ha commesso », ha soggiunto: « Per la scuola positiva, così nel reato perfetto che nel tentativo, il fondamento della incriminazione è sempre la *temibilità* del reo, rivelata da un'azione criminosa che produce una reazione penale difensiva sociale ». « Il conato è punibile soltanto allora che sorge l'allarme sociale *contro la temibilità del delinquente*. Non basta perciò l'intenzione non corroborata dal fatto, ma nel fatto basta tanto quanto è sufficiente a dimostrare non già la volontà di delinquere, ma la *capacità a delinquere* dell'autore del fatto e ad eccitare la reazione difensiva penale dell'individuo e della società ».

Reietto, quindi, il fondamento della punibilità del tentativo riposto nella potenzialità del danno, vi ha sostituito l'altro del *probabile danno futuro*, in considerazione della temibilità dell'agente: « Il punire *ne peccetur* è giustificabile solo dal punto di vista della scuola positiva, che considera *il delinquente*, e non il reato in astratto. Il concetto della potenzialità del danno, giustissimo quando si riferisca alla *capacità di nuocere di quel determinato individuo*, è un non

(1) *Garofalo:* Criminologia, p. 267.

senso, allorchè lo si riferisce all'azione già passata ed esaurita, considerata in sè medesima e *staccata dall'agente*. L'idea di potenzialità *si riferisce essenzialmente al futuro*; essa è una sottospecie del concetto di probabilità. Ora la probabilità non trova luogo che nella *incertezza*, e non è riferibile ai fatti passati, di cui si ha certa cognizione, quale appunto deve essere un tentativo punibile. Se la scuola classica punisce non per riguardi al futuro, ma *unicamente* per ragione del passato e del certo, il concetto di probabilità riferito alle possibili conseguenze del fatto costitutivo del tentativo è assolutamente assurdo. In sostanza a voler ben considerare la dottrina del Carrara, si vedrà che il suo errore, ed insieme la sua abilità, consiste nello spostare destramente il concetto della potenzialità del danno *dallo agente nel fatto*. Intorno alle *possibili* conseguenze di un fatto che si è esaurito senza produrle, ogni discussione intorno alla probabilità del loro avvenire è un non senso.... Evidentissimamente quando si dice che una schioppettata poteva ammazzare un uomo, si vuole dire che l'*autore* della schioppettata poteva ammazzare un uomo, ma non già che quella determinata schioppettata, tirata in quell'istante, con quella carica, in quella direzione, alla presenza di quelle determinate persone, avesse tale capacità. Quando diciamo: quella schioppettata poteva uccidere Tizio, noi immaginiamo che il medesimo fatto si ripeta ipoteticamente in futuro, in circostanze analoghe, ma lievemente variate. Ed allora quella nozione di probabilità, di potenzialità dello evento dannoso *viene attribuita appunto a questa novella ipotesi* così diversamente configurata. Noi immaginiamo che l'autore del tentativo, in un'altra occasione analoga, si collocherà a mo' di esempio ad una distanza minore dalla vittima, ovvero che in quella ipotesi non si frapponga, fra Tizio e la vittima quell'ostacolo che deviò il colpo. Ma di tutte queste ipotesi dalle quali sorge il concetto di potenzialità del *danno futuro che legittima la incriminazione del tentativo*, la condizione prima alla possibilità del loro avverarsi si riferisce sempre alla *capacità di Tizio a*

ripetere il fatto criminoso in circostanze alquanto mutate, e più favorevoli al suo divisamento, poichè, senza il suo autore, il fatto non esiste.

Da questo ragionamento risulta, evidentissimamente, che la potenzialità del danno, sia che la si consideri in riguardo alla idoneità dei mezzi scelti, sia che la si consideri in riguardo alla possibilità del fine che il colpevole aveva in mira, si riferisce sempre alla *temibilità* del delinquente, e *non già alla potenzialità del fatto passato*, che è un non senso » (1).

Anche il Garofalo ha criticato l'affermazione dei classici criminalisti: che la ragione d'imputare il delitto imperfetto consista nel *pericolo* facente le veci del danno immediato, esclamando: « Strano avvicendarsi d'idee! Che male può recare un pericolo non realizzato se non la sfiducia, l'allarme, il cattivo esempio, tutti gli elementi insomma dell'altra specie di danno, quello detto indiretto, o, secondo la scuola toscana, mediato? Ed ecco che tutto ad un tratto questa specie *immateriale* di danno è chiamata a sostituire il fattore *materiale* che manca nel tentativo, e farne le veci! Ma allora qual è mai il danno indiretto del tentativo? Se non manca quello, mancherà questo: da tale alternativa non si esce. Vi ha dunque una figura di delitto *priva di una delle due specie di danno* », la qual cosa conduce « ad ammettere che basti a costituire il delitto il semplice danno *immateriale* risultante dallo allarme o dal cattivo esempio » e che la gravità dei delitti misurar debbasi « secondo la stima che ne fa il volgo, l'*allarme*, non già secondo il *pericolo vero*, che non potrebbesi ragionevolmente apprezzare senza la biografia del delinquente ed il suo esame psicologico. Questo pericolo vero non è altrimenti quello *già corso* e svanito, bensì quello *persistente*: il pericolo passato non

(1) *Fioretti*: Op. cit. pag. 469 e seg., 474, 478 e 485.

ha più alcuna importanza se esso non rispecchia il futuro » (1). « Il pericolo non può riferirsi che al futuro, al male *che potrà fare il delinquente* rivelatosi col tentativo, ed allora esso diventa un danno *probabile* che importa *prevenire*. Danno reale od immediato non vi ha nel tentativo: in esso non può ritrovarsi che il danno mediato, l'*allarme nascente dalla manifestazione di una volontà criminosa*, pel timore di ciò che essa *potrà fare* se rimane *impunita* » (2).

Nella « Criminologia » poi, svolgendo meglio gl'insegnamenti della scuola positiva su l'argomento, il Garofalo ha innestato alla teoria subiettiva distinzioni e limitazioni tali — fondate principalmente su la classificazione dei delinquenti in varie categorie, su la distinzione tra individui forniti o meno di cognizioni tecniche speciali intorno alla natura ed all'efficacia dei mezzi adoperati, e su l'età dei giudicabili (fanciulli o adulti) — da portarla, in qualche punto, all'esagerazione.

Di vero, facendo capo al principio che il diritto di punire è fondato sul timore di mali futuri e sull'apprensione del pericolo (pericolo appreso o di mera previsione, ben distinto dal pericolo corso dal diritto attaccato e dal danno potenziale), ossia su la necessità di prevenire l'indole perversa disvelata da un individuo reputato temibile (3), ha dichiarato doversi punire, nel tentativo, non già un' azione pericolosa in sè stessa, o capace di danno potenziale, bensì una volontà pericolosa (val quanto dire perseverante sino all'ultimo), chiaritasi tale anche per via di atti inidonei o meramente preparatorii, indipendentemente da qualsiasi vero e proprio principio di esecuzione del reato; in modo da

(1) *Garofalo*: Criminologia, pag. 237 e seg.

(2) *Garofalo*: Il tentativo con mezzi inidonei (Arch. di psichiatria 1881, Vol. II, fasc. III pag. 341).

(3) *Garofalo*: Criminologia, pag. 271 e 275. — V. anche: *Puglia*, Del tentativo, Messina 1884.

bastare l'accertamento della malvagia volontà e della perseveranza sua *usque ad finem* (rivelata senz'altro, per certi delinquenti, dal loro tipo criminale), per aversi tentativo punibile, quantunque semplicemente preparatorii gli atti compiuti, ovvero esecutivi, ma assolutamente inidonei.

Per tal guisa, i sociologi-criminalisti si sono spinti oltre i principii della teoria subiettiva, e specialmente della così detta scuola francese, non richiedendo, al pari di questa, l'accertamento della costanza nel reo volere mediante un *principio di esecuzione* anche con mezzi affatto inidonei (concetto, per noi, repugnante e contraddittorio), ma appagandosi in vece di atti preparatorii, attesa l'importanza capitale, anzi decisiva, alla categoria di delinquenti cui l'agente appartiene, da loro attribuita.

I positivisti, quindi, sostengono:

I. Nel tentativo non vi è danno, ma *rivelazione di capacità a delinquere* ossia *pericolo rivelato*, che è *identico* a quello del reato consumato. Il pericolo vero, nel tentativo, non è già quello corso e svanito, bensì l'altro tuttavia *persistente;* imperocchè il periglio passato non ha altra importanza se non in quanto riflette il futuro. Ciò che preme è la *manifestazione della volontà criminosa*, siano o non siano idonei gli atti compiuti, siano essi esecutivi o semplicemente preparatorii (1).

II. La materialità del fatto incompiuto non ha importanza di sorta per la punibilità del tentativo, e la parte di fatto già realizzata, che può in esso ritrovarsi, è priva di qualsiasi significato, tranne quello d'*indice della probabilità* che l'agente avrebbe *persistito* sino all' ultimo nel nefasto proponimento, ossia d'indizio della sua *temibilità* nell'avvenire: e ciò perchè (esclusi i rei-nati e gli abituali incorreggibili, dei quali si presume senz' altro la temibilità), per

---

(1) *Garofalo:* Criminologia, pag. 270 e 273.

qualsiasi altro malfattore « tolta di mezzo la certezza o probabilità che il reo avrebbe perseverato fino alla fine nel suo malvagio proposito, *non rimane alcun elemento di prova della sua temibilità* » (1).

III. La volontà *criminosa* non basta: dev'essere *pericolosa*, cioè *probabilmente perseverante usque ad finem*, in ciò risiedendo, come si è detto, il vero elemento di prova della temibilità dell'agente: perseveranza che, nei delinquenti istintivi e per abitudine acquisita, si presuppone in grazia del loro tipo criminale.

Per conseguenza, mentre, di regola, nel delitto consumato (perfetto), il « primo elemento da tenersi in conto per determinare la temibilità è il *delitto* commesso, quale indice della capacità criminosa del reo » (2), all'incontro, nel tentativo (delitto imperfetto) l'*unico elemento* di prova di siffatta capacità è fornito dalla tenacia nel reo volere: tenacia desunta da semplici atti preparatorî, o esecutivi ma inidonei, innocui e non pericolosi.

Onde due ipotesi: O la probabilità del delitto è così grande, da non lasciare ragionevolmente dubitare che esso sarebbe avvenuto, se l'azione non fosse stata interrotta da una forza esteriore — o vi ha grande probabilità di volontaria desistenza prima dell'ultimo atto necessario alla consumazione. Nel primo caso, il *pericolo è identico* a quello del reato consumato; nel secondo, invece, è *dubbio*, e per conseguenza manca il diritto sociale di repressione (3).

IV. È d'uopo distinguere l'univocità dalla certezza del

---

(1) *Garofalo:* Criminologia, pag. 276 e seg.

(2) *Lombroso, Ferri, Garofalo, e Fioretti:* Polemica in difesa della scuola criminale positiva, Bologna 1886 pag. 198. Talvolta i positivisti considerano il delitto qual semplice *sintomo* della temibilità del delinquente, ossia qual mero *indice* del carattere organico e psichico del suo autore, e lo collocano in seconda linea come condizione di punibilità (*Ferri:* Sociologia criminale, Torino 1892 pag. 19 in nota, 622 e 641).

(3) *Garofalo:* Criminologia, pag. 277.

pericolo. Se, malgrado la certezza del pericolo (cioè: la probabile costanza nel truce divisamento), l'azione è tuttora equivoca, *non può parlarsi di tentativo.* Se, in vece, l'azione è univoca, ma non si ha la convinzione che l'individuo avrebbe perseverato sino all'ultimo, il tentativo esiste, ma *non è punibile* (1).

Laonde, per aversi tentativo punibile, si richiede il simultaneo concorso dell'univocità degli atti esteriori verso un dato delitto, e della probabile costanza nel malvagio volere.

Però, come ora vedremo, per taluni individui, l'univocità risulta anche da atti preparatori o compiutamente inidonei.

Di fatti:

V. Gli atti meramente preparatori o esecutivi ma inidonei, purchè intrapresi da rei nati — ovvero da delinquenti abituali incorreggibili *nella speciale forma criminosa da questi ultimi esercitata* — costituiscono senza più tentativo punibile, perchè l'appartenere il giudicabile alla categoria dei delinquenti nati o abituali inemendabili basta a rivelarne come pericolosa la volontà, ed a rendere, in pari tempo, univoci gli atti predetti. All'incontro, per le altre specie di malfattori (fortuiti: di occasione e per passione) richiedesi la manifestazione *non equivoca* della volontà criminosa: « gli atti semplicemente preparatorii, ovvero di esecuzione non immediata, sono da considerarsi come veri e proprii tentativi criminosi nei delinquenti nati, abituali, incorreggibili, ed *in tutti quelli* che manifestano in modo non equivoco la loro intenzione » (2).

Per tal guisa i positivisti, senza ricorrere al criterio della eccezionale gravità del reato probabile (molto grave e pericoloso) messo innanzi dall'Ortolan, nè all'altro della

---

(1) *Garofalo*: Criminologia, pag. 277.
(2) *Garofalo*: Criminologia, pag. 264.

necessità di un atto successivo e determinante, proposto dal Carrara, hanno deciso la questione della punibilità degli atti preparatorî facendo capo al tipo criminale dell'imputato.

VI. Il tentativo non perde la sua natura *criminosa* neppure quando i mezzi adoperati non avrebbero probabilmente o *certamente* potuto produrre l'evento desiderato (1).

L'inidoneità del mezzo esclude ogni carattere criminoso solo quando rivela mancanza di temibilità nell'agente, perchè, quando la volontà criminosa non è pericolosa (V. sopra n. III), cessa la ragion di punire. In questo caso non vi ha reato, non già a cagione dell'inidoneità del mezzo, ma perchè questa denota l'incapacità, la stoltezza, e per conseguenza l'innocuità dell'agente (2).

VII. Il tentativo con mezzi inidonei non è punibile se l'agente conosceva quale fosse in realtà il mezzo da lui adoperato; è punibile, in vece, se, credendo servirsi dell'uno, ne adoperò un altro. All'uopo la nuova scuola propone d'investigare se esso appartenga a quelli di cui l'efficacia può essere nota solo alle persone che hanno fatto speciali studii tecnici, nel qual caso l'errore sulle qualità e sulla quantità non deve mai esser causa d'impunità (3).

VIII. Nei conati inidonei, l'ignoranza nel fanciullo e nell'adulto va apprezzata con differenti criterî (4).

---

(1) *Garofalo*: Il tentativo con mezzi inidonei, pag. 341.

(2) *Garofalo*: Criminologia, pag. 271 — Il tentativo con mezzi inidonei, pag. 343. Siccome la temibilità, la capacità criminosa e la perseveranza nel reo volere sono già presupposte nei delinquenti nati e per abitudine acquisita, in grazia del loro tipo criminale, così gli atti inidonei da costoro compiuti (per questi ultimi nella speciale forma criminosa da essi esercitata) costituiscono sempre tentativo punibile, nè possono provarne mai l'incapacità a delinquere, siccome in appresso dimostreremo.

(3) *Garofalo*: Criminologia, pag. 270 e 271. È l'opinione dell'Oliva dianzi ricordata.

(4) *Garofalo*: Criminologia, pag. 272.

12. Tutti gli accennati assunti possono compendiarsi in due canoni fondamentali:

a) Vi ha tentativo punibile nel concorso dei seguenti tre elementi: volontà *criminosa* (dolo determinato) — volontà *pericolosa* (vale a dire *probabilmente perseverante sino alla fine:* unico elemento testificatore della temibilità dell'agente, quando non si tratti di delinquenti reputati temibili per il loro tipo criminale) — *univocità dell'azione* (quand'anche i mezzi impiegati siano del tutto inidonei o preparatorî, salvo che l'inidoneità loro non riveli la non temibilità del giudicabile).

Viceversa, il tentativo non è da reprimersi quando l'agente non è temibile, sia in considerazione della categoria di delinquenti cui appartiene, sia della dubbia pertinacia nel suo pravo intendimento.

b) Il tentativo è sempre punibile quando gli atti compiuti (comunque preparatorî o inidonei) provengono da delinquenti istintivi o abituali inemendabili, nella speciale forma criminosa da questi ultimi esercitata, presumendosi, in tal caso, tanto l'univocità, quanto la perseveranza nel reo volere, in una parola la *capacità criminosa* o *temibilità* precedentemente accertata.

Di qui l'importanza suprema, cui assorge, nella dottrina del tentativo, la distribuzione dei delinquenti in varie classi, secondo la nuova scuola di diritto penale. La quale, ravvisando nel reo, anzichè nel reato, l'obietto vero e proprio del diritto penale, e nella temibilità di quello il solo criterio accettabile di penalità, e proponendosi perciò nel tentativo d'investigarne unicamente la capacità criminosa (temibilità), per chiarire se possieda o meno la stoffa del delinquente (1), sostiene: che la qualifica di reo istintivo importa, senz'altro, *temibilità* dello agente (*pericolo appreso e futuro*, fondamento della punibilità del conato), e produce i seguenti tre effetti,

(1) *Garofalo*: Criminologia, pag. 278.

relativi il primo alla forza morale, e gli altri due alla forza fisica del delitto, cioè:

1. Rende certo il pericolo, ossia immancabile o almeno probabile la persistenza nel reo volere, senza un albore di speranza di desistenza spontanea *rebus adhuc integris* da parte dell'imputato: « in simili casi, per quanto umana cosa può esser certa, si può dire che l'agente non avrebbe spontaneamente desistito »;

2. Univoca l'azione, quantunque consistente in atti meramente preparatorii, sostanzialmente equivoci;

3. Ed idonei gli atti, che, di fatto, per intrinseca natura loro non sarebbero tali.

Egli è vero che, rispetto ai delinquenti abituali, la nuova scuola ha aggiunto un criterio limitativo alla propria teorica, riposto nella consonanza e conformità degli atti preparatorii alla speciale forma criminosa dai medesimi esercitata, esigendo perciò lo stato di recidivanza specifica dell'agente (siccome ne fanno fede gli esempi addotti dal Garofalo): tuttavia, nè la teorica subiettiva dalla nuova scuola adottata, nè le modificazioni e limitazioni apportatevi ci soddisfano, per parecchie ragioni, per isvolgere ordinatamente le quali procederemo, da prima, ad un esame critico dei principî fondamentali su cui si adagia la predetta teorica, e poscia distingueremo il tentativo, secondo che si tratti di criminali istintivi o abituali, ovvero di delinquenti fortuiti.

13. Ci preme, innanzi tutto, scagionare la scuola classica dai due addebiti fattile dai cultori delle novelle dottrine: di considerare il fatto come indipendente e staccato dall'individuo che lo ha commesso, in ossequio alla teorica obiettiva — e di voler comminare le sanzioni penali unicamente per ragion del passato, senza il menomo riguardo al futuro.

La scuola classica, nel punire, bada al fatto ed al suo autore, in quanto le malvagie tendenze non frenate di

costui e le cause impellenti al maleficio ne accrescono il danno mediato, rendendone più probabile la ripetizione ; ed ha per massima che la pena « debba avere per contenuto necessario non pure l'espiazione del male *operato*, ma la rieducazione sociale, mercè l'esemplarità della sua apparizione, e la rieducazione *individuale* che redimendo il delinquente lo ricongiugne all'organismo etico della umana convivenza, trasformandolo, di ostacolo, in mezzo per il miglioramento progressivo dell'umana famiglia » (1). — Or, siffatta rieducazione individuale resterebbe ognora un pio desiderio ove non si attendesse, nell'applicare le pene, oltre al passato, (cioè alla specie ed alla gravezza del delitto commesso, caposaldo della penalità), anche al futuro, per vedere (tenendo conto, tra l'altro, del *grado di energia volitiva* del colpevole) se e fino a qual segno, ripresentandosi l'identico movente criminoso, egli saprà resistervi (2): e ciò allo scopo di scegliere, tra le varie forme di sanzioni penali, la più appropriata all'indole criminosa del giudicabile, vale a dire la meglio adatta a rintuzzare la torva passione onde fu tratto a misfare, e renderlo adatto alle condizioni di vita onesta e degno di far libero ritorno nel civile consorzio.

La scuola classica, in conseguenza, punisce *non solum quia peccatum, sed etiam ne peccetur,* avuto riguardo al passato ed all'avvenire, tanto che il Garofalo dichiara ch'essa assegna alla pena, come scopo principale, la *prevenzione* (3).

14. È la nuova scuola, in vece, che, riconoscendo nel reo, anzichè nel reato, l'oggetto peculiare del diritto penale

---

(1) *Pessina*: La lotta per il diritto come principio organico della giustizia penale e della sua evoluzione nella storia (nell'Annuario delle scienze giuridiche, sociali e politiche, Anno I pag. 110).

(2) *Restano*: La negazione del libero arbitrio e la responsabilità penale, Catania 1892-93.

(3) *Garofalo*: Criminologia, pag. 242.

— riponendo la ragion punitiva nel timore di mali avvenire — e non richiedendo altro elemento, per la punibilità del tentativo, se non la temibilità o capacità a delinquere dell'imputato, desunta anche da atti preparatorii o inidonei — viene a punire *unicamente* in considerazione del futuro, valutando il passato come semplice argomento di prova dell'accennata capacità a misfare nell'avvenire, e reprimendo, in cotal guisa, la nuda volontà criminosa, esternata in modo assolutamente innocuo e non pericoloso, ossia l'uomo *pericoloso*, quale futuro malfattore, attualmente però *non ancora delinquente*.

È la nuova scuola che, per confessione del Garofalo e del Fioretti, *punisce la volontà criminosa* al solo scopo di *prevenire* i danni probabili che *in avvenire* un dato individuo *potrà fare* (1).

Ma se il potere sociale ha diritto d'imputare a titolo di conato chi invade la sfera giuridica altrui, cagionando per lo meno un danno potenziale, e violando così il precetto legislativo nella parte relativa al divieto d'incominciare l'esecuzione dei fatti costituenti reato, non ha però il diritto di punire chi si limita ad estrinsecare, con atti preparatorii o del tutto inidonei e non pericolosi, un'indole ed una volontà perversa, in una parola chi si chiarisce temibile in futuro. Dove cessa il pericolo non resta che una malvagia volontà, e siccome il reato dev'essere azione scellerata e pericolosa, e non soltanto scellerato pensiero, così la dottrina dei sociologi-criminalisti (prescindendo dal pericolo nell'azione) viene a legittimare la repressione della nuda volontà criminosa.

---

(1) « La *volontà*, che si tratta di *punire* ecc. » (*Garofalo:* Criminologia, pag. 271) — Nel tentativo vi è soltanto « l'allarme nascente dalla manifestazione di una *volontà* criminosa, pel timore di ciò che essa potrà fare *se rimane impunita* » (*Garofalo:* Arch. di psich., p. 341) — *Fioretti:* Op. cit., p. 485.

« Il *pericolo avvenire* (scrive il Mittermaier) non è il fondamento della punizione. Esso richiede l'attività della polizia » (1).

« Quando si parla di pericolo, s'intende di un pericolo *già corso*, non di un pericolo *meramente futuro*. Confondere queste due idee porterebbe a conseguenze falsissime. Il pericolo futuro (o pericolo meramente appreso) non può accettarsi *a solo* come legittima ragion di punire. Altrimenti si correrebbe a punire le nude intenzioni delittuose, ed anche le prave inclinazioni; e distruggendo i limiti fra l'ufficio della morale e quello della legge punitiva, e confondendo le attribuzioni del magistero penale con gli elastici ufficii della polizia, si rovescerebbero i più certi canoni della politica imputabilità. Quando diciamo pericolo in questa materia intendesi dunque un pericolo che ad un dato momento *ha veracemente esistito come fatto,* non un pericolo di mera previsione » (2); ed esiste come fatto anche quando l'azione andata a vuoto si è tuttavia palesata di sua natura pericolosa nei casi comuni secondo l'ordinaria previsione del legislatore, e quindi violatrice del diritto in astratto.

Sostenendo, in vece, che alla penalità del conato basti, in genere, la manifestazione della perseverante intenzione di misfare, mercè un'azione esterna qualsiasi, anche preparatoria o inidonea, nella credenza dell'attitudine sua a nuocere, è giocoforza ammettere le seguenti conclusioni:

I. Nel tentativo deve valutarsi la sola intenzione dell'agente;

II. La parte di fatto già realizzata, lungi dal compendiare l'essenza materiale del conato punibile, serve soltanto di elemento di prova della forza morale soggettiva, e precisamente d'indice della probabile perseveranza nel malvagio volere (temibilità dell'agente);

---

(1) *Mittermaier:* Op. cit., pag. 243.
(2) *Carrara:* Lezioni sul grado, ecc., p. 6.

III. Si può fare a meno di qualsiasi vero e proprio principio di esecuzione del delitto voluto, e prescindere perfino da qualsiasi atto fisico preparatorio, potendo, nei giudizi penali, valere come argomento di prova della volontà rea tanto l'azione perpetrata dal giudicabile, quanto un'altra circostanza qualsiasi (ad esempio, la confessione del reo, confortata da deposizioni testimoniali).

Supponiamo che più testimoni rivelassero alla giustizia la confidenza, ricevuta da un individuo pregiudicato, di voler assassinare un ricco per cupidigia di danaro, accompagnata o meno dalla richiesta loro fatta di qualche informazione intorno al migliore e più sicuro modo di riuscire nell'intento, e che dalla confessione di codesto pregiudicato venisse corroborata la sua ferma intenzione omicida: qualora la temibilità o capacità criminosa di costui, ossia la stoffa di delinquente (fonte di timore di mali avvenire e di probabile perseveranza nel reo disegno) risultasse dimostrata dal carattere, cioè dal tipo criminale precedentemente accertato (delinquente istintivo, incorreggibile), dallo stato di recidivanza *in eodem genere mali*, dal movente estremamente antisociale del novello maleficio, identico a quello degli altri già consumati, dalla sua biografia e via dicendo, per qual ragione non si dovrebbe ritenere colpevole di tentato omicidio? — Qui non sarebbe più il caso di attendere un nuovo delitto o tentativo di delitto al fine di scoprire in quell'uomo perverso l'energia necessaria a diventare delinquente, e per accertare se, riaffacciandosi il primitivo impulso antigiuridico, questo riuscirà vittorioso (1), imperocchè la prova relativa si possiederebbe già piena e completa, nè mancherebbe l'allarme ossia il danno mediato, unico danno nascente dal tentativo secondo i seguaci delle novelle dottrine, i quali prescindono dal pericolo corso, non valutandolo per sè medesimo.

(1) *Garofalo:* Criminologia, pag. 297.

Nè si dica che, oltre al carattere dell'agente ed alla natura del motivo determinante, occorre il maleficio, o almanco un atto preparatorio; imperocchè, se la pena non dev'essere che un mezzo di difesa sociale dai *delitti futuri* prevedibili da parte dello stesso individuo in base *al delitto commesso*, e se « l'atto delittuoso non dev'essere tenuto in conto se non come uno dei mezzi per determinare l'*anomalia* del delinquente » (1), quale *sintomo* della temibilità sua, non si comprende la necessità di una novella azione antigiuridica, sia pure preparatoria, a prova di tale anomalia e temibilità, qualora l'una e l'altra siano già accertate in grazia dei precedenti reati, del movente loro identico all'attuale, e della categoria antropologica del giudicabile. E però, la manifestata intenzione di ricadere *in eodem genere mali* dovrebbe senza più comprovare la perdurante temibilità e tendenza omicida dell'individuo ed il persistente pericolo, legittimanti l'irrogazione della pena del tentativo, a scopo *preventivo*.

Pur richiedendosi, da principio, oltre la esternata volontà di misfare, il fatto del delitto per chiarire la riproducibilità dell'allarme ed il pericolo di que' delitti futuri, onde sopra è parola — successivamente il novello reato non dovrebbe più domandarsi, ma ritenersi bastevole la dichiarata volontà criminosa, presunta perseverante *usque ad finem*, specialmente considerando che tanto valgono le dichiarazioni verbali, chiare e precise, dell'imputato (e, nella specie, la confessione dell'immutabile proposito di uccidere, suffragata o meno da concordi deposizioni testimoniali), quanto l'atto preparatorio dell'acquisto di un fucile come mezzo alla strage, non susseguito da verun'altra azione univoca ed esecutiva; a meno che non si voglia riconoscere che la categoria criminale, la ripetuta recidiva specifica, la biografia dell'individuo

---

(1) *Blanchemanche*: Des principes de la responsabilité pénale nel Palais, Bruxelles 1889 p. 216.

e la esternata irremovibile decisione di conseguire l'intento, non valgono più nulla e non sono più fonte di turbamento sociale, ma perdono ad un tratto, nel tentativo, ogni significato ed ogni virtù.

La verità si è questa : l'azione preparatoria del comprar armi, del caricarle per valersene a tempo debito ecc. ecc., *non inducendo, nè facendo palese niente di più* di quanto risulti già dalla confessione di chi (omicida recidivo), quando minaccia altri di morte, non suole rattenersi dall'eseguire, e non mettendo a repentaglio la sicurezza individuale e sociale più di quel che la metta la rivelazione del criminoso pensiero, non fa crescere, o ben poco, lo spavento nei cittadini, nè rende *certa* la volontà di eseguire, ma tutt'al più ha per effetto di giustificare ulteriormente « l'allarme nascente dalla manifestazione della volontà criminosa », confermando vie meglio la *probabile* perseveranza nel bieco proponimento : effetto insufficiente a creare una disparità di conseguenze così profonda tra le due ipotesi (punibilità o non punibilità dell'individuo). Se il *crescere*, pertanto, mercè l'atto preparatorio, sia della *probabilità* della persistenza nel reo volere, sia dell'*allarme*, può produrre soltanto la conseguenza di rincarare la pena, questo stesso dimostra come basti la manifestazione della volontà criminosa per aversi la figura giuridica del tentativo, presentando già completi i due elementi predetti, quantunque *in grado minore*, imperocchè una semplice differenza d'intensità e di grado non vale ad immutare l'essenza delle cose.

Adottandosi, adunque, la massima di reprimere, a titolo di conato, gli atti preparatorii provenienti da criminali istintivi o per abitudine acquisita, non v'ha ragione di non punire similmente la confessata volontà rea, nelle circostanze predette.

Tutto ciò, volendo seguire per poco i ragionamenti della nuova scuola, col dedurre, com'essa fa, l'allarme dal pericolo appreso, anzichè dal pericolo corso.

IV. Si corre rischio di dedurre la capacità a delinquere da un'azione assolutamente innocua ed inadatta, non costituente

in verun modo la materialità di un tentativo punibile, confondendosi, per tal guisa, una questione di prova dell'elemento morale con una questione sostanziale relativa all'elemento fisico del tentativo.

V. Si confonde l'intenzione su cui poggiar deve l'imputabilità morale dell'agente (forza morale soggettiva del tentativo) con l'intenzione che, di per sè sola, dovrebbe rendere punibile come conato un atto indifferente o immorale ma non delittuoso, sorpassando così su la forza fisica oggettiva del medesimo, di cui verrebbe a tener le veci l'elemento morale. « L'intenzione, in fatti, come *medium* che fonda l'imputazione dell'atto su la volontà dell'agente, si è confusa con l'intenzione, che dee *per sè sola* tramutare in delittuosa un'azione. Affinchè si possa trattare di pena, l'azione *obiettivamente* illegale dev'essere commessa *con malvagia intenzione:* ma l'intenzione per altro *non può convertire in delittuosa* e punibile un'azione, che, giuridicamente considerata, sia del tutto indifferente, o conforme alla legge. *Il principale del delitto sta sempre nell'azione:* e dove ci allontaniamo da questo punto, si perde tosto ogni sicuro contrassegno riconoscibile; la pena divien dipendente da una condizione, che è interna, e che si connette solamente col morale; l'arbitrio penetra nel diritto penale; spariscono le linee di confine tra il foro interno e l'esterno; e si viene a dire che il tentativo di un delitto abbia un'essenza di fatto diversa da quella del consumato delitto, che si voleva commettere » (1).

VI. Il conato verrebbe a risultare da un solo dei due fattori che concorrer debbono a produrlo, perdendo gli atti compiuti il carattere di elemento essenziale (pericolo) costitutivo della sua forza fisica oggettiva, per limitarsi ad assumer l'altro di mero indizio d'improbabile desistenza spontanea dal mal fare.

---

(1) *Mittermaier*: Del punto, ecc., pag. 230.

Dal fin qui detto risulta che i seguaci della scuola positiva di diritto criminale, riponendo la base del diritto di punire nel timore di mali futuri, e nella necessità di prevenire danni sociali avvenire, cui un pericolo semplicemente appreso (derivante dalle male qualità e dalle tendenze criminose di un individuo, recidivo fin che vuolsi) può lasciar prevedere, e sia pure ragionevolmente paventare (1), scalzano dalle fondamenta il giure penale e confondono il ministero preventivo col repressivo.

Eglino, in fatti, con le loro dottrine mirano soltanto a quel pericolo incerto, indeterminato e fluttuante, che, premendo su l'animo dei consociati nell'istante in cui hanno sentore dell'aggirarsi in mezzo a loro di un individuo temibile e pericoloso, giustifica bensì, da parte dell'autorità civile, pronti ed energici provvedimenti di polizia, ma non legittima una reazione collettiva sociale sotto forma repressiva: imperocchè, sebbene la temibilità dell'individuo entri qual fattore nel calcolo della pena, non costituisce però il sostrato esclusivo di un sistema di penalità; mentre, a render giusta l'irrogazione delle sanzioni penali nel tentativo, richiedesi quel pericolo determinato e speciale, che è insito nell'azione stessa già compiuta, con la quale l'individuo dalla volontà pericolosa (l'uomo temibile) ha realmente cominciato ad aggredire il diritto altrui. Nemo propter periculum in futurum puniri potest, sed tantum propter periculum ortum ex eius factu, quod vel civibus, vel eorum rebus, vel reipublicae imminet; dummodo noxiae voluntati tribuendum sit (2).

In altri termini, il potere sociale ha diritto di reprimere come tentativo un'azione esterna di sua natura pericolosa,

(1) Non v'ha dubbio che il colpire una volontà pericolosa, ossia un individuo temibile, importi reprimere soltanto in previsione di. delitti futuri: « la parola da me adoperata « temibilità » indica una misura del male che ragionevolmente può prevedersi da parte del medesimo reo » (*Garofalo*: Criminologia, pag. 251).

(2) *Ionge*: De delictis, Vol. II p. 266.

tale, cioè, che, nel suo svolgersi, abbia cagionato per lo meno un danno potenziale, ma non ha diritto di considerare come colpevole chi si limita a palesare una volontà pericolosa, in previsione di danni sociali avvenire. Altrimenti si fa ritorno alla dottrina dei vecchi glossatori: « Tu volesti, dunque tentasti », richiedendosi l'univocità dell'azione solamente per ragioni procedurali, cioè perchè limitati e di solito incerti i mezzi di scoperta dell'intenzione criminosa (1) — si confonde l'*uomo pericoloso* con *l'uomo delinquente* — il ministero preventivo col punitivo — la legge penale col sindacato morale intorno alla qualità dei pensieri umani — e si finisce col considerare delinquente chi non ha delinquito.

E però si presenta spontaneo, a questo punto, il dilemma: O la nuova scuola, con l'assegnare come scopo alla pena l'impedimento del futuro straripare delle malvagie tendenze, si propone rintuzzare la volontà criminosa, ed allora non occorre nè il fatto del delitto, nè un tentativo di esso per farsi luogo all'applicazione della pena, potendo la perversità e le tendenze ree di molte persone accertarsi prima ancora del sorgere di un delitto; o, per lo meno, il tentativo non occorre più a dimostrazione della capacità a delinquere, dopo che la temibilità dell'individuo risultò già provata dai

(1) Perciò il *Pirozzi*, le cui opinioni lodate dal Fioretti combaciano con quelle dei subiettivisti, accettando tutte le conseguenze del principio: che, nel tentativo, devesi punire una malvagia volontà accertata, ossia lo sforzo della medesima verso la negazione del diritto, scrive: « *Falso* è quindi il principio del Carrara che il pensiero non si punisce, perchè esso non turba l'ordine esterno; si deve dire invece: il pensiero non si punisce, *perchè non può accertarsi*; e se potesse accertarsi esso sarebbe punibile perchè turberebbe l'ordine esterno. Siamo sempre lì: il precetto che il pensiero non si imputa, deve riferirsi alla legge di procedura la quale, per la natura stessa delle cose, non ha nè può avere altri modi onde cogliere un pensiero non tradotto in atto »; onde se il pensiero potesse legalmente accertarsi, il diritto sarebbe leso non meno da esso che dal fatto criminoso! (*Pirozzi*: La teorica dei mezzi inidonei e del conato impossibile, Napoli 1890 pag. 6 e seguenti.).

precedenti misfatti, tanto da bastare la confessione di costui o una semplice minaccia verbale per ritenerlo senz'altro responsabile di conato — ovvero la nuova scuola esige, oltre all'elemento intenzionale, il fatto materiale del reato o un tentativo di esso, ed allora deve, da un canto, attribuire alla parte di fatto già compiuta col tentativo espressione e valore assai maggiore di quello di puro indizio della probabile perseveranza fino all'ultimo nel proposito reo, ed esigere nell'azione certe condizioni obiettive, indispensabili a costituire l'elemento fisico del conato ; mentre, d'altro canto, deve disconoscere l'importanza della classificazione dei delinquenti.

Obbietta il Garofalo : « Non sono già le tendenze che noi vogliamo colpire, bensì le tendenze *non frenate*. Ora l'esistenza di siffatti impulsi *vittoriosi* non può mai asseverarsi se l'individuo non li abbia manifestati con un delitto, ovvero col tentativo di un delitto. *Prima di ciò* s'ignora se l'uomo *perverso o depravato* avrà *l'energia necessaria per diventare delinquente*.... Prima dell'atto criminoso qualsiasi manifestazione d'una tendenza malvagia ne poteva far nascere un sospetto : dopo il fatto, questo sospetto è diventato certezza, ed è solo questa certezza che dà alla società il diritto di proteggere sè medesima col danno del suo offensore » (1). « Il primo elemento da tenersi in conto per determinare la temibilità è il delitto commesso, quale *indice della capacità criminosa* del reo » (2).

Ma, ripetiamo, una volta accertata codesta *temibilità* o *capacità criminosa* (mercè i delitti precedentemente commessi dal giudicabile, la natura, il movente ed il modo di esecuzione loro, la biografia ed il tipo criminale di costui), una volta già dimostrata in lui l'*energia necessaria per diventare delinquente* e *presunta la perseveranza* sino all'ultimo nel

(1) *Garofalo:* Criminologia, pag. 297.
(2) *Lombroso*, *Ferri*, *Garofalo e Fioretti:* Polemica, ecc., pag. 198.

malvagio volere, logica vuole che basti il semplice riaffacciarsi dell'identico impulso antigiuridico per supporlo *vittorioso*, e conseguentemente applicare la pena del tentativo. Si richieda pure il delitto o un tentativo di esso la prima volta, fino a quando l'uomo *perverso o depravato* non si è ancora palesato *delinquente*, fino a quando, cioè, s'ignora se avrà l'energia predetta e soccomberà di fronte al motivo reo — ma *dopo di ciò*, dopo tale accertamento, evidentemente potrà prescindersi da un nuovo delitto o tentativo di esso.

La frase « tendenze non frenate » corrisponde: nel conato, all'elemento della *probabile* perseveranza nel malvagio proponimento, crescente in ragion diretta della prossimità degli atti compiuti all'ultimo atto consumativo — nel mancato, all'elemento della *quasi certezza* di siffatta perseveranza, risultante dall'esecuzione di tutti gli atti necessarî alla consumazione — e nel delitto consumato, all'elemento della *certezza completa*, dimostrata dall'evento criminoso.

Il persistere, in vero, nel sinistro disegno, importa mancanza di freno alle proprie pericolose tendenze; onde, una volta accertata, insieme alla stoffa del delinquente, la vittoria delle spinte al mal fare, non è lecito negare ulteriormente la punibilità dell'uomo nell'ipotesi sopraaccennata della manifestazione verbale della rinnovellata tendenza a ricadere *in eodem genere mali*.

Anche il Fioretti protesta che la scuola positiva non è mai caduta nell'errore di affermare la punibilità in ipotesi dell'uomo per il solo pensiero malvagio, imperocchè « per l'applicazione di qualunque provvedimento repressivo non bastano i soli mezzi di ricerca antropologica e psicologica, ma occorre sempre che *prima* sia avvenuto un reato estrinsecato dall'azione del delinquente »; laonde, nel tentativo, l'intenzione dev'essere corroborata dal fatto. — Ma tale *protestatio contra factum non valet*, tanto più che il Fioretti stesso soggiunge: « Nel fatto basta tanto quanto è sufficiente a dimostrare non già la volontà di delinquere, ma la *capacità a*

delinquere dell'autore del fatto e ad eccitare la reazione difensiva penale dell'individuo e della società » (1).

Or, se è vero che la *capacità a delinquere* di una persona risulta dalla categoria criminale cui appartiene per i suoi caratteri antropologici e psichici e per i precedenti reati commessi, tanto da farla ritenere *pericolosa ed inemendabile*, dimostrata la prima volta con siffatti sicuri segni la capacità predetta, non è mestieri richieder successivamente un secondo maleficio o un tentativo per accertarla; e, richiedendosi, *non sarà più per chiarire la stoffa di delinquente oramai assodata*, ma perchè, oltre la volontà rea e la temibilità individuale, occorre un danno, effettivo o potenziale, ossia la perdita del bene attaccato o un pericolo corso (elemento fisico). Istituendo da capo, per ogni singolo caso, un altro esame circa la capacità a delinquere, attesa la riconosciuta e dichiarata necessità di dedurla sempre da nuovi *fatti* delittuosi del giudicabile (quantunque già ritenuto temibile ed incorreggibile), si verrebbe a togliere — ripetiamo — ogni valore al tipo criminale ed alla duplice presunzione: di perseveranza nel reo volere e di capacità criminosa, mentre non potrebbe qualificarsi fatto delittuoso un'azione semplicemente preparatoria.

Nè — si noti — dall'inidoneità del mezzo, posto in opera dall'individuo battezzato già qual delinquente *istintivo* (temibile, inemendabile), è permesso più arguire l'incapacità ed innocuità sua, quasi che si trattasse di azione *folle*, proveniente da persona *non temibile* (2); imperocchè ciò repugnerebbe

(1) *Fioretti:* Op. cit., pag. 480 e 485.

(2) *Garofalo:* Criminologia, pag. 271 — *Oliva:* Op. cit., pag. 28 — *Pirozzi*: Op. cit., pag. 10 « Ecco un mezzo, che, obbiettivamente, è inidoneo, e che deve presumersi tale anche subiettivamente. In questo caso io non faccio luogo ad alcun provvedimento. Ma perchè questo? Perchè forse il mezzo adoperato da Tizio non presenta nessun pericolo possibile? No; perchè il pericolo, nel conato, io non lo ricerco nel mezzo di esecuzione, sibbene nella malvagia volontà, che si traduce in atto. Io non veggo invece nella fatta ipotesi un tentativo, per *l'unica ragione* che il mezzo adoperato è così sciocco da farmi

(secondo i positivisti) alle risultanze del tipo criminale dell'agente, *compos sui* e manifestante la ferma volontà di misfare.

Chè se il *fatto* si crede necessario per « eccitare la reazione difensiva penale dell'individuo e della società », in tal caso diremo che tale reazione non suscitano nè gli atti preparatorî, nè gli esecutivi assolutamente inidonei; e se la promuovono, non vi ha ragione per cui non debbano stimolarla del pari le sole manifestazioni verbali del giudicabile, soprattutto se esternate sotto forma di minaccia. Da atti preparatorî non può nascere alcun allarme, nè individuale, nè pubblico, e, se sorge, è volgare e non giustificato; onde il Fioretti ha scritto che se Tizio « procede ad atti più o meno prossimi *di esecuzione*, la mia reazione contro il suo tentativo sarà governata dagli stessi principii che governano la mia reazione contro colui che minacciava uccidermi. E tutti considereranno il mio allarme come *giustificato*, *solo* quando Tizio sia *veramente addivenuto ad atti di esecuzione*. Se adunque *il conato remoto non allarma neppure l'individuo contro il quale esso è diretto*, come pretendete ch'esso allarmi la società, come pretendete punire il *solo pensiero?* » (1).

E sta bene: ma se i conati remoti, e per conseguenza gli atti preparatorii, non destano il più lontano allarme individuale e sociale, nè possono reprimersi non essendo perseguitabile il solo pensiero, perchè dovrebbero ad un tratto cambiar natura e punirsi, se commessi da talune specie di delinquenti, reputati temibili? Qui si attribuirebbe al tipo criminale quel valore, cui gli si toglie quando trattasi di atti inidonei, sotto pretesto che l'individuo, già qualificato

---

necessariamente dire: O Tizio è *scemo di mente*, e però deve andare impunito, perchè incapace di una volontà cosciente; o pure quello che egli ha fatto è un *semplice scherzo*, quanto si voglia di cattivo genere ». Ma se l'agente risulta da apposita perizia *compos sui*, come si concilia il confessato *dolo determinato* e la temibilità sua col *semplice scherzo?*

(1) *Fioretti*: Op. cit., pag. 483.

come delinquente temibile, sia più verisimilmente folle e non pericoloso. Però, se il tipo criminale può dimostrare l'indole pericolosa dell'individuo e l'improbabile desistenza dal mal fare, nulla aggiunge nè toglie all'essenza ontologica dell'atto compiuto (pericoloso o meno in sè stesso): onde non possiamo approvare la concessione, dal Fioretti fatta in linea di eccezione ed in omaggio ai principii della scuola positiva: « tutta la disputa, fra subbiettivisti ed obbiettivisti, in materia di punibilità del tentativo, consiste nello stabilire il criterio per determinare il punto nel quale, dalla parte già percorsa dell'*iter criminis* si può desumere la certezza che il reo, se non fosse sopravvenuto un fortuito impedimento, sarebbe giunto fino alla consumazione del delitto. Naturalmente la scuola positiva, che in questa materia è subbiettivista per eccellenza, retrocede di molto verso il principio dell'*iter criminis* il punto in cui comincia la punibilità del tentativo, soprattutto quando la *certezza* che il reo avrebbe perseverato nel mal fare *si può desumere altresì dai suoi cattivi precedenti*. Per questo io convengo pienamente col Garofalo nel ritenere che anche gli atti che la scuola classica chiama *preparatori*, o di *conato remoto*, possano punirsi, ove concorrano peculiari condizioni nel fatto, e la *temibilità del reo è già fornita* da altri sicuri indizi » (1).

Ora, a parte la considerazione che la disputa non si limita punto a stabilire se il cammino percorso sia tale da accertare la perseveranza o meno nel reo disegno (perseveranza che può desumersi *aliunde*), ma verte specialmente nel determinare se e qual grado di pericolo gli atti compiuti in sè medesimi presentino — ne sembra che, se i cattivi precedenti ed il tipo criminale stanno a prova della perseveranza predetta, trattandosi di delinquenti nati o abituali incorreggibili tanto valga un atto preparatorio, quanto l'esplicita

(1) *Fioretti*: Op. cit., pag. 479.

confessione della persistente volontà rea, dacchè tutto dipende dalla categoria, cui l'individuo appartiene. Onde il Fioretti scrive: « Se Tizio ha dei cattivi precedenti, ha commesso altre volte degli omicidi, io me ne allarmerò sicuramente, ed allora la *semplice constatazione dell'intenzione criminosa* potrà forse dar luogo ad una reazione individuale e sociale contro il fatto della *manifestazione* di quel pensiero che si incrimina come *minaccia*, non come tentativo » (1): se non che, come incriminare chi, lungi dal limitarsi alla semplice manifestazione verbale di tale intenzione, procede ad una vera e propria *minaccia verbale?* Il Fioretti risponde doversi punire per minaccia *a mano armata*. Ma se l'individuo era disarmato?

Non vi è, dunque, ragione di reprimere come minaccia la mera manifestazione verbale della volontà criminosa, anzichè come tentativo, ove si vogliano logicamente applicare i principii della nuova scuola; e però bisogna accettare questa conseguenza, ovvero riconoscere: 1.° che l'elemento del fatto, nel tentativo, ha valore ben maggiore di quello assegnatogli dai positivisti; 2.° e che degli atti compiuti è mestieri tener conto per definire che cosa siano, qual natura ed efficacia presentino, e qual grado di pericolo in sè medesimi racchiudano — assegnando al conato talune condizioni obiettive, al fine d'impedire che i segni antropologici, i dati psicologici, i precedenti dell'imputato ed il suo tipo criminale assurgano ad elementi di prova assoluta, e che il giudice (senza soffermarsi alla valutazione intrinseca degli atti compiuti) desuma *aliunde* i caratteri e gli estremi del conato, trascorrendo alla repressione del nudo pensiero. —

Se tanto la materialità del fatto incompiuto, quanto la parte di esso già realizzata fossero, nel tentativo, indifferenti, i sociologi-criminalisti non potrebbero distinguere, come fanno,

(1) *Fioretti*: Op. cit., pag. 483.

il delitto tentato dal mancato, definendo quest'ultimo per quell'ente giuridico in cui tutti « gli atti di esecuzione sono stati interamente compiuti » (1).

Di vero, se la quantità obiettiva del conato servisse di mero indizio della fermezza nel proponimento criminoso (fermezza indispensabile tanto nel tentativo, quanto nel delitto mancato), rimarrebbe inconcepibile e senza base la distinzione tra l'uno e l'altro; laddove, per confessione degli stessi positivisti, della quantità obiettiva è d'uopo tener conto per iscoprire la maggiore o minore prossimità degli atti compiuti alla consumazione, vale a dire per vedere se gli atti di esecuzione furono *tutti interamente compiuti*, ovvero l'agente, dopo aver cominciato ad intraprenderne alcuni, *non fece tutto quanto era necessario alla consumazione del maleficio*, e per determinare, in conseguenza, il grado di pericolo corso dal diritto aggredito e la quantità del danno.

La nuova scuola, per essere coerente, dovrebbe abolire la nozione del reato mancato. Supponendo per poco di niuna importanza il punto di arresto dell'azione (incominciamento puro e semplice di atti esecutivi — ovvero compimento di tutti gli atti esecutivi indispensabili alla consumazione), e di tutto rilievo la sola tenacia nel reo disegno, mancherebbe la ragione di sceverare il delitto tentato dal mancato, essendo la tenacia predetta elemento comune alle due figure di reato.

Nè potrebbe dirsi la quantità oggettiva indifferente nei singoli tentativi, isolatamente presi, ma non messi in relazione col delitto mancato, allo scopo di sceverar questo da quelli; imperocchè di siffatta quantità bisognerebbe, ad ogni modo, tener conto per determinare se, al punto cui era pervenuto l'agente, non gli restava altro da fare, oppure se aveva intrapreso soltanto l'esecuzione senza ultimare ancora tutti gli atti necessarii alla consumazione, e quindi se si tratti di tentativo o di mancato.

(1) *Garofalo:* Criminologia, pag. 273.

Oltre a ciò, qualora il limite raggiunto dall'azione fosse indifferente, al pari della potenzialità della lesione giuridica, i sociologi-criminalisti non potrebbero, senza contraddizione, sostenere l'impunità di chi, volontariamente desistendo dall'azione, impedisce l'evento (1), senza ammettere implicitamente l'esistenza di una forza potenziale, latente in concreto, la quale aspetta un ulteriore impulso per prender forma reale e sviluppare la sua efficacia. Considerando qual tentativo ogni azione, anche incapace a produrre l'evento, come si potrebbe esigere l'intervento dell'opera effettiva dell'agente per impedire un successo, già per sè stesso impossibile? — E non basta: se il tentativo dovesse punirsi unicamente quale estrinsecazione di una volontà rea probabilmente perseverante sino alla fine, avente per indice un atto esterno, bisognerebbe ammetterne la nozione per qualunque reato, ed aprir l'adito altresì al tentativo di tentativo, come dice il Cohn.

Dunque la parte di fatto già realizzata serve non soltanto a prova della perseveranza nel reo volere, la quale, *probabile* nel tentativo, va diventando sempre più *certa* nel mancato (con incremento nella temibilità del colpevole e nel danno indiretto), ma altresì ad assodare l'esecuzione o meno di tutti gli atti occorrenti alla consumazione ed il conseguente grado di pericolo insito nei medesimi ed incorso dal diritto attaccato.

15. E, per addentrarci nell'esame particolareggiato dei varii assunti della dottrina subiettiva e della nuova scuola di diritto penale, osserveremo, che tanto il Tribunale Supremo dell'Impero germanico, quanto il Buri, il Garofalo, ed

(1) *Garofalo*: Criminologia, pag. 276 e seg.

il Fioretti non sono andati al fondo della questione: se l'essenza del tentativo, e quindi la punibilità sua, debbano ricavarsi dal solo concetto subiettivo, o piuttosto dalla natura obiettiva degli atti compiuti — vale a dire, non hanno risoluto appieno il problema: se, per aversi tentativo punibile, occorrano atti acconci alla consumazione del delitto (principio di effettuazione del reato), ovvero basti la credenza della idoneità loro nell'agente (principio di esecuzione dell'agente).

Le considerazioni del Tribunale si restringono al seguente raziocinio: se si vuol punito il tentativo con mezzi *relativamente* insufficienti, deve, per identità di ragione, reprimersi il conato con mezzi *assolutamente* inidonei.

Ma, quando si parla d'idoneità dell'azione, si allude alla *potenzialità della lesione giuridica:* di guisa che, se i mezzi impiegati sono inefficaci sotto il duplice aspetto della concludenza *intrinseca* in relazione alla *generalità dei casi*, e della percezione soggettiva delle loro proprietà e delle loro funzioni, manca l'elemento *fisico* del tentativo, e con esso il sostrato della *imputabilità fisica*, che è distinta dall'imputabilità morale, ed ha per fondamento la possibilità del successo nell'*ordinario* corso degli eventi.

Il Tribunale Supremo, tentando confutare la teorica obiettiva, non è riuscito a provare la verità della teorica contraria; anzi ha messo innanzi talune proposizioni, dalle quali ci sentiamo tratti a dissentire. — Ha affermato: che non vi è mai un nesso certo di causalità tra l'azione e l'evento, prima del verificarsi di questo — e che la mancanza del successo dimostra sempre la non causalità dell'azione, ossia un'inidoneità (poco importa se assoluta, o relativa) a recarlo a compimento.

« L'errore di quest'argomentazione dipende dall'essersi dato un senso inesatto al concetto di idoneità, scambiando la possibilità dell'effetto colla realtà di esso. Se l'effetto non è seguito, non è a dire che l'atto non avesse efficacia di concorrere a produrlo. Il tentativo è essenzialmente un'azione

criminosa, che si scompone in una serie di atti, tutti tendenti ad uno scopo: ora questo non si raggiunge se ciascuno degli atti non converge al medesimo. È perciò manifesto che può ben accadere che lo scopo non si ottenga, non già perchè l'atto non fosse idoneo, non avesse cioè l'efficacia di concorrere a conseguirlo, ma unicamente perchè manchi ancora qualche altro atto per costituire la causa complessiva producente l'effetto » (1).

Diciamo di più: il Tribunale Supremo ha confuso il nesso certo di causalità tra l'atto e l'evento, con la possibilità dello spezzarsi di questo nesso per effetto di una circostanza imprevista ed imprevedibile, indipendente dalla volontà del colpevole. Un litro di vetriolo gettato sul viso di *qualsiasi* persona, è mezzo assolutamente idoneo a sfregiarla; viceversa, l'uso della sola forza muscolare, senz'altri sussidî, per sottrarre un oggetto del peso di due tonnellate, è mezzo assolutamente inidoneo al furto. In entrambe le ipotesi, il nesso (positivo e negativo) di causalità è certo; però, mentre nell'ultima è esclusa sempre ed in qualunque momento la possibilità dell'esito, nella prima può essere esclusa nel solo caso di un fortuito benefico: onde la mancanza dell'evento non significa *sic et simpliciter* difetto di qualsiasi legame di causalità dell'azione col fine voluto, ma dimostra talvolta un'impossibilità assoluta, tal'altra soltanto relativa di conseguirlo, vale a dire la relazione di causalità può continuare ad esistere nella generalità dei casi, pur rimanendo fiaccata in un caso speciale a cagione di un fortuito, senza del quale l'azione avrebbe indubbiamente raggiunto il suo fine.

E la differenza tra le due specie d'inidoneità è rilevantissima, e nel giure penale assai influente, perchè, ammessa la repressione delle sole azioni turbatrici dell'ordine esterno,

(1) *Benevolo*: Op. cit. n. 46.

non possono costituir delitto, nè tentato, nè consumato, le azioni assolutamente prive della potenza di turbarlo ; laddove l'allarme ed il cattivo esempio si sollevano sempre allo spuntare di un'azione in sè stessa pericolosa per il diritto astratto, nella comune dei casi.

E però non pare esatto il dire, che, esimendo da pena le azioni prive *assolutamente* di ogni possibilità di evento, debbansi escludere anche quelle *relativamente* insufficienti, lasciando così impunito ogni conato, sotto pretesto : *a*) che non esistono azioni fornite di una possibilità relativa di consumazione — *b*) che non vi hanno azioni inidonee in ogni e qualunque circostanza — *c*) e che la mancanza dell'esito dimostra sempre l'assenza di qualsiasi nesso causale tra l'azione ed il risultato, ossia un'inidoneità assoluta di conseguire il fine desiderato.

Mezzo gramma di acido arsenioso basta ad avvelenare qualunque persona di costituzione ordinaria, ma è insufficiente per un individuo eccezionalmente robusto, o avvezzo alla cura arsenicale — viceversa, è impossibile in qualunque circostanza uccidere con lo zucchero — ed il non avverarsi del veneficio può dipendere da un fortuito (eccezionale robustezza dell'individuo), che, lasciando intatto il predetto nesso causale nella generalità dei casi e nella stessa specie concreta, dimostri tutt'altro che un'inidoneità assoluta a conseguire l'intento.

Se non vi fossero azioni fornite di possibilità relativa di consumazione, rimarrebbe totalmente ed in ogni caso esclusa la possibilità di prevedere l'esito delle nostre azioni.

Gli stessi sociologi-criminalisti, come si è osservato, ammettendo l'impunità di chi desiste volontariamente dall'attentato, sono tratti a riconoscere l'esistenza di azioni aventi potenzialità di lesione del diritto nella generalità dei casi (ben distinte dalle altre assolutamente inidonee, rispetto alle quali la desistenza sarebbe un non senso e rimedio vano ed improduttivo di giuridici effetti), laddove, rispetto alle prime, l'evento non coronerebbe la potenzialità predetta, perchè profligato dal fatto spontaneo dell'agente.

Ancor meno esatta ne sembra l'altra proposizione : che il rimaner l'azione nei limiti del tentativo, derivi sempre dall'errore dell'agente, per non aver egli esattamente ponderato, nel fare il suo piano, le circostanze impedienti, suo malgrado, la consumazione. Anche quando l'agente si è valso di mezzi affatto inidonei, ha fatto — si dice — tutto quanto *gli era sembrato* sufficiente al raggiungimento del fine reo; per conseguenza, il suo errore intorno alla idoneità del mezzo non deve aver peso di sorta su la punibilità di lui, e tornar deve indifferente che l'ostacolo esistesse fin dal principio dell'azione (a causa dell'inidoneità assoluta del mezzo), ovvero sia sopraggiunto nel corso della medesima (per un fortuito imprevisto), essendo bastevole la credenza dell'individuo di poter conseguire, col mezzo adoperato, l'intento.

Quando si parla di *errore*, si suppone una falsa, o inesatta ed incompleta nozione, da parte dell'agente, intorno alla natura ed alle condizioni del fatto intrapreso, ossia intorno all'efficacia della propria azione e dei mezzi impiegati, in modo da risalire all'error suo (ossia ad una circostanza a lui non estranea) la mancanza di un fattore di causalità. L'individuo può non aver compiuto tutto l'occorrente alla consumazione di un maleficio per circostanze del tutto *imprevedibili*, ovvero può aver dato vita all'ultimo atto consumativo senza che l'evento siasi avverato per un accidente *imprevisto ed imprevedibile dalla comune degli uomini:* in tali casi, non è lecito addebitare all'error suo la mancanza del successo.

Altro è *errare* nella scelta dei mezzi, altro è *non prevedere* tutti gli ostacoli che, fuori del corso ordinario delle cose, possono frapporsi al sorgere dell'evento; onde il Geyer acutamente osservava, che, il non richieder altro per la punibilità del tentativo, se non la perseveranza nella volontà criminosa, dimostrata mercè l'inizio dell'azione con la credenza nell'idoneità del mezzo adoperato, equivale al dichiarare punibile l'azione di colui il quale, nell'intento di uccidere una persona inferma, le faccia trangugiare una pozione da lui erroneamente creduta tossica, la quale l'abbia in vece risanata.

« Se prendiamo l' errore — egli dice — nel suo senso proprio e naturale, diciamo che *erra* l'agente quando scambia un'arma carica con una scarica; quando crede che una polvere innocua sia veleno ; quando reputa che i sortilegi abbiano virtù di uccidere ; quando pensa che alla distanza di un tiro di cannone si possa con una pistolettata ammazzare un uomo ; quando crede che un uomo già morto viva ancora, e via dicendo..... Adopera, invece, un linguaggio assai improprio chi parla di *errore* quando il reo abbia sperato che all'avvelenato non sarebbe giunto soccorso medico efficace, e il soccorso giunse; ovvero quando il delinquente abbia sparato il fucile nella fondata speranza di uccidere il suo nemico e il colpo sia andato in fallo. In tali casi abbiamo atti *idonei*, il delinquente s'inganna nelle sue aspettazioni ; nondimeno intenzione ed azione rimangono nel delinquente associate. L'agente fa ciò che, *in via di probabilità e di possibilità*, può giovare a condurre a realtà la sua intenzione; e lo fa, sperando che niun avvenimento contrario insorga a frustrare l'effettuazione del suo disegno.

Di regola, l'uomo nelle sue azioni non fa altro che dare un impulso alla causalità del mondo esteriore; ma l'effetto di questa, rispetto all'evento desiderato, si reconfina nel campo della probabilità : sicurezza completa non v'è quasi mai. Se dunque il delinquente è consapevole che il colpo potrebbe anche fallire, o che il veleno potrebbe essere annullato dal contravveleno, e tuttavia agisce nella speranza che le sue brame non andranno deluse, *ei non si può dire che il reo versi in errore* ». « Il semplice *difetto di previsione del futuro*, la incapacità di presagire se interverrà una causa cooperante all'evento, ovvero se non interverrà una qualche causa di reazione: tutto ciò non costituisce peranco quel tale errore che esclude il dolo, e che infrange il nesso fra intenzione ed azione » (1).

---

(1) *Geyer* : Del tentativo, pag. 7 e seg.

Non bisogna, dunque, confondere l'*errore* in cui versi, per avventura, l'agente intorno alla qualità dei mezzi impiegati (da lui erroneamente creduti idonei) ed in generale intorno all'efficacia loro, col *difetto di previsione del futuro*, ossia del fortuito ostacolatore dell'evento, il quale lascia intatta l'idoneità astratta dei mezzi stessi, ed il consueto loro rapporto causale.

Tanto vale non prevedere il fortuito, quanto prevedere che non insorgerà, e non è lecito riunire e ricondurre sotto un unico concetto le due specie eterogenee di errore, cioè: l'errore nel fatto (consistente nella divergenza tra la credenza e la volontà dell'agente e la condizione reale, esistente, dell'azione intrapresa), e l'errore di previsione (rappresentato dalla mancata coerenza, per un accidente imprevisto, tra l'intenzione e l'evento). Non è quindi vero (come dicemmo) che ogni qualvolta il delitto rimane nei limiti del tentativo, ciò dipenda *sempre* dall'errore dell'agente, per non avere antiveduto le circostanze frastornatrici dell'evento: non può parlarsi di errore là dove è impossibile prevedere, o si spera e ragionevolmente si prevede che nessun accidente impedirà l'esito.

Equivocò, pertanto, il Tribunale Supremo affermando che l'adoperare mezzi assolutamente inidonei, facendo così quanto *era sembrato* necessario alla consumazione del reato, importi « agire contro l'ordine giuridico » : dall'assenza di qualsiasi danno, sì effettivo che potenziale, nessun turbamento può all'ordine giuridico derivare. « E' proibito intraprendere azioni che possano causare la produzione di mali eventi, quando l'agente abbia coscienza che l'opera sua ne possieda capacità. Ma l'uomo *non si pone in lotta col divieto*, lorquando fa qualche cosa che egli bensì *creda* esser contraria al divieto, ma che *realmente col divieto non contrasti* » (1).

(1) *Geyer*: Del tentativo, pag. 11.

Si capisce che coloro i quali intraprendono un dato modo di esecuzione lo credono atto a raggiungere il fine voluto, altrimenti esulerebbe il dolo determinato; onde il Carrara giustamente ha osservato non essere necessario che l'inidoneità dei mezzi sia precognita all'agente: esigere ciò, sarebbe un ridicolo controsenso (1): però non è permesso estendere la proibizione della legge ad azioni affatto inabili a violare il diritto. La previsione di un evento non è compagna indefettibile della probabilità e meno ancora della certezza del medesimo : onde può intervenire che taluno esegua degli atti nella previsione di ottenere, col mezzo loro, il suo intento, ma privi in realtà di qualsiasi potenza da ciò : in tal caso il conato sparisce, non ostante la previsione del successo, e se l'agente potrà dirsi biasimevole o pericoloso, nondimeno la sua prava intenzione non uscirà dal dominio della morale per trapassare in quello del diritto. Anzi, mentre non si comprende come un atto intrinsecamente innocuo e non pericoloso possa riflettere su la volontà dell'agente il carattere di pericoloso ch'esso stesso non ha, si comprende precisamente l'opposto, cioè che glielo tolga, dimostrando l'individuo non temibile nel caso particolare.

Onde il Carrara formulò nitidamente il principio: « Essenziali al conato, perchè possa imputarsi come delitto, sono la *intenzione* ed il *pericolo* . . . . I due elementi debbono essere posti in sodo *ciascuno per sè:* andrebbe a ritroso dei precetti logici e giuridici chi credesse che il grave pericolo del fatto supplisse alla intenzione dell'agente, o che *la malvagia intenzione supplisse al pericolo che non era nel fatto* » (2).

Non eseguire un atto, ed eseguirlo in modo da togliergli la potenza di nuocere è tutt'uno. —

(1) *Carrara:* Programma § 361 — Lezioni sul grado ecc. pag. 48.
(2) *Carrara :* Programma § 424.

Per tutte queste considerazioni non ci sentiamo propensi a convenire col Buri, su la necessità di valutare e punire, nel tentativo, la sola intenzione, e su la conseguente impossibilità di conciliare le due teoriche, obiettiva e subiettiva, per formarne una mista, adottante, come criterio del tentativo, la volontà ed il fatto — nè col Garofalo su la necessità di scegliere l'uno o l'altra come criterio della criminosità dell'azione.

Dalla inesistenza del danno immediato effettivo nel conato, non deriva punto la niuna necessità di certe condizioni sue obiettive, principalissima quella dell'attitudine degli atti a nuocere, affinchè possano riflettere sull'agente il carattere di pericolo in essi racchiuso. Nè la mancanza di corrispondenza esatta tra la volontà ed il fatto induce la *necessità* di non attribuire importanza alcuna all'azione per appigliarsi unicamente all'intenzione, dappoichè all'essenza di ogni reato occorre un atto materiale esteriore, fornito di certi requisiti, su cui radicàre l'imputazione fisica — e la nuova scuola non accenna menomamente le ragioni dell'asserta necessità predetta.

In realtà, è mestieri attendere sì alla volontà sì al fatto, imperocchè questo senza quella (dolo determinato) non costituisce tentativo, come non lo costituisce la volontà senza il fatto, senza un principio, cioè, e un determinato grado di effettuazione di essa, giusta il noto apoftegma: che non sono passibili di sanzione penale le azioni umane, informate da intenzione rea, non presentanti obiettivamente maggior pericolo di quello racchiuso nel pensiero stesso del delinquente. Per conseguenza le due teoriche possono e debbono conciliarsi, mercè la valutazione del periglio passato e del futuro e lo studio della qualità dell'azione, sia in sè stessa, sia in rapporto all'agente, ed in quanto si riverbera nell'avvenire. —

Il Fioretti oppugna la teorica obiettiva, osservando: ch'è assurdo il richiedere nel fatto la potenza di violare il diritto, essendo qualsiasi fatto non già una forza, bensì una concezione dello spirito umano senza realtà obiettiva — che

i due concetti di potenzialità del danno e di violazione del diritto non si equivalgono, perchè questa non sussiste senza un danno *effettivo*, laddove p. e. in un tentativo di omicidio la vittima designata non subisce nessuna lesione giuridica, ma perde tutt'al più il sentimento della sicurezza personale, la qual cosa riguarda l'avvenire, non il passato — e che il concetto della potenzialità o probabilità del danno è un non senso, se riferito all'azione già passata, dovendo in vece riferirsi al futuro.

Per contrario, opiniamo che qualsiasi *fatto*, in diritto penale (poichè di questo solo ci occupiamo), esprima una realtà concreta, un fenomeno sensibile, dotato di certe proprietà e di una data forza o potenza di produrre determinati effetti per virtù propria, naturale e costante (indipendentemente dal vario modo, onde può essere appreso dalla mente umana, soggetta ad errare), salvo che codesti effetti non vengano da altra forza (circostanza fortuita) contrastati. È in codesta causalità potenziale o capacità di produrre il danno immediato del delitto, che risiede il fulcro della fisica imputabilità del tentativo; mentre l'offesa al sentimento della sicurezza personale, prima di riguardare l'avvenire, e per potersi ripercuotere nel futuro, deve trovar base e giustificazione nell'azione già esaurita, nella quale è necessaria la potenza intrinseca di violare il diritto.

Non è l'agente che produce codesto effetto, ma la natura stessa dell'atto compiuto, messa in relazione con lui, quale soggetto attivo primario. L'idea, quindi, della probabilità del danno immediato deve riferirsi e connettersi essenzialmente al passato, essendo mestieri, prima di ogni altra cosa, assodare se l'azione, quantunque andata a vuoto, era tuttavia capace per propria attività di produrre l'evento sinistro; altrimenti, esclusa siffatta possanza, cessa la figura giuridica del tentativo stante la non apparizione di nessun danno immediato potenziale e della menoma offesa al sentimento della sicurezza individuale e sociale, sola rimanendo la rivelazione di un'inane volontà criminosa, e di un individuo non temibile

nel caso concreto, o, se vuolsi, pericoloso, ma non delinquente.

La potenzialità deve risiedere, adunque, nell'atto compiuto, e non nelle supposte sue possibili ripetizioni (in circostanze alquanto variate) con esito lesivo del diritto altrui, ossia non deve confondersi col timore, per quanto ragionevole, di novelli attacchi da parte del medesimo individuo nel tempo avvenire; imperocchè il danno potenziale è un effetto reale dell'azione compiuta, nel modo stesso che il pericolo è uno stato di fatto della medesima, nè si deve scambiare il danno potenziale col danno mediato: « questo consiste nel *timore di una ripetizione del delitto*, ed è tutto di immaginazione: quello risulta dal delitto già commesso, ed è tutto di realtà » (1).

L'equivoco dei sociologi-criminalisti deriva dall'aver confuso il danno potenziale (elemento fisico speciale del tentativo) col danno mediato (elemento morale, comune col delitto mancato e consumato) — dall'aver creduto che non sussista, nè sia concepibile, violazione di diritto senza danno *effettivo* — e dall'aver ritenuto che nel tentativo, desiderandosi il danno immediato effettivo, nessun altro fattore materiale con determinati caratteri e requisiti ne debba tener le veci, riducendosi tutto ad una semplice valutazione del danno immateriale.

Se non fosse dato parlare di violazione di diritto in tutti i casi in cui manca un danno effettivo, il tentativo non potrebbe considerarsi e punirsi come reato, consistendo l'essenza di quest'ente giuridico nell'infrazione del diritto; e, nella peggiore ipotesi, se dovesse reprimersi solo in quanto turba il sentimento della sicurezza, dovrebbe qualificarsi come reato consumato *sui generis* contro la sicurezza sociale.

Per le premesse ragioni, la frase « una schioppettata poteva ammazzare un uomo » non significa punto che l'agente

(1) *Carrara:* Lezioni sul grado, ecc. pag. 66.

aveva la capacità di ammazzare, ossia di ripetere il fatto delittuoso in altre circostanze più favorevoli al suo divisamento, ma significa che il colpo esploso aveva la potenza di spegnere una vita umana. — Supponiamo che Tizio, dopo aver minacciato altri di morte e caricato a dovere il proprio fucile, abbia preso la mira alla debita distanza, ma non sia giunto a dare lo scatto, perchè trattenuto improvvisamente da una terza persona; in tal caso, essendo la morte conseguenza ordinaria e quasi necessaria del modo di agire del colpevole, diremo con tutta ragione che l'azione incominciata aveva la potenza cognita di uccidere. Supponiamo, in vece, che l'agente abbia atteso a prender la mira quando la vittima designata erasi allontanata oltre il tiro di qualsiasi fucile, ed in quel momento gli venga fermato il braccio: in tal caso diremo, parimenti con tutta ragione, che in qualsiasi altra circostanza, anche in mancanza del terzo che deviò il colpo (fortuito), l'azione eseguita in quel modo avrebbe sempre fallito lo scopo.

Che c'entra la capacità di Tizio ad ammazzare, ossia l'attitudine sua a diventare delinquente (futuro omicida)? Tizio potrà reputarsi, od essersi già rivelato per precedenti omicidi, non alieno dal macchiarsi di sangue umano, e nondimeno rimanere esclusa nel caso concreto la più lontana potenza di nuocere nel mezzo adoperato; e siccome, oltre ed accanto ad *uomini pericolosi*, esistono *mezzi di esecuzione pericolosi* (1), ed il delinquente temibile dev'essere punito non soltanto in ragione del pericolo appreso *nascente da lui*, e disvelato dal misfatto voluto e dalla persistenza o probabile riproduzione dei motivi di delinquenza (2), ma in ragione anzi tutto del pericolo *contenuto nell'azione*, con la

(1) Per il *Pirozzi*, in vece, « non esistono *mezzi di esecuzione pericolosi o innocui*, a fine di fare intervenire o meno il magistero penale; esistono *uomini pericolosi o innocui*, quelli che si dimostrano tali per il loro operare » (Op. cit. pag. 11).

(2) *Garofalo*: Il tentativo con mezzi inidonei, pag. 342.

debita osservanza della sua indole criminale — così, è tale l'importanza dello stato di fatto (pericoloso) dell'azione, che, se codesto elemento (la cui esistenza deve accertarsi prima d'ogni altro esame) fa difetto, diventa inutile, di fronte al Codice penale, ogni altra indagine intorno all'indole criminale dell'agente (biografia, tipo criminale, recidivanza ecc.) ed al danno mediato.

E tanto più manifesto apparirà l'equivoco predetto, ove per poco si raffrontino i ragionamenti del Fioretti e del Garofalo con la dichiarazione di quest'ultimo: « Nel delitto vi è la gravità del danno, quella dell'immoralità, quella del *pericolo* e quella infine dell'allarme » (1). — Ora, nel tentativo, si riscontra, a punto, l'elemento del *pericolo*, la cui presenza e gravità deve constatarsi e valutarsi distintamente dall'allarme e dall'immoralità dell'agente. Senza dubbio, essi si compenetrano ed influiscono l'uno su l'altro; tuttavia l'elemento del pericolo nell'azione ha d'uopo di una esistenza propria, senza che possano tenerne le veci la temibilità dell'agente (pericolo appreso) ed il danno riflesso.

Anzi, se da un lato — per la scuola classica — un individuo reputato temibile, può, in qualche caso speciale, non apparire tale — non è, d'altro lato, concepibile danno riflesso là dove manchi persino l'inizio di un'azione di sua natura pericolosa; mentre il grado di pericolo insito nella medesima influisce sul danno mediato, rendendo sempre più prossimo e più probabile il sorgere del danno immediato, e per conseguenza maggiormente temibile l'agente.

Dunque, oltre al pericolo *persistente* (attenente piuttosto all'indole dell'individuo), è d'uopo calcolare anche quello *passato* (riferibile all'azione compiuta), senza del quale mancherebbe al tentativo la forza fisica oggettiva. Il primo si fonda e si misura sul secondo.

---

(1) *Garofalo:* Criminologia, pag. 241.

Il perno, quindi, su cui reggonsi le due scuole, costituente ad un tempo la massima divergenza loro in materia di tentativo, consiste in ciò : la scuola positiva si appaga della manifestazione di tendenze pericolose, ossia dell'esistenza nell'agente della stoffa di futuro malfattore : onde parla di pericolo rivelato da un individuo temibile, quantunque non ancora delinquente — laddove la scuola classica vuole un'esecuzione incoata in modo pericoloso per lo meno nella generalità dei casi.

Non possono destare, perciò, meraviglia, le seguenti conclusioni del Puglia come filiazione diretta delle premesse della scuola positiva, di cui egli è seguace: « Dov'è la ragione positiva che ci certifichi la necessità delle quattro forze del reato (forza fisica e morale soggettive ed oggettive)? Perchè quando vi è un meno in una di esse vi deve essere un meno anche nella pena ? Non si dà risposta : si tratta di dogmi, ed i dogmi sono la negazione dei perchè. *Nessun fondamento positivo* hanno le distinzioni di *reato tentato, mancato e consumato*, di reato perfetto e d'imperfetto.... di *mezzi idonei o non idonei* alla consumazione del reato. Che cosa importa alla società civile se il delinquente non raggiunse il suo fine per circostanze fortuite ed indipendenti dalla volontà sua? Egli ha voluto il reato ; se non lo consuma per causa estranea al suo volere che importa? *Nulla si scema alle sue tendenze, ai suoi istinti ;* egli è sempre un nemico dell'ordine sociale, perchè getta sempre un allarme nella società civile. Nè si dica che nel caso di reato tentato o mancato l'allarme sia minore : l'allarme è sempre lo stesso, ciò che *si aggiunge*, quando il reato è consumato, è il dolore per l'infelice colpito, è il tristo pensiero delle conseguenze deplorevoli del fatto... In ogni caso vi è un uomo *più o meno pericoloso* a cui bisogna pensare e questo basta... Le misure che sono sanzionate nell'interesse della società e del delinquente sono legittimamente applicate dal momento in cui quest'ultimo ha esternato la sua intenzione con atti univoci, cioè con atti di natura tale che indubbiamente la

rivelino. Dunque la scienza criminale positiva, sotto questo punto di vista, deve esaminare per ogni singolo reato quali atti esterni si richiedano per poter rilevare il vero movente criminoso... È inutile la distinzione di mezzi idonei ed inidonei, di mezzi che prima della consumazione erano idonei e dopo divennero inidonei. In ogni caso vi è un uomo che allarma la società e fa temere per lo avvenire » (1).

La soluzione è semplice, ma un po' troppo radicale; onde passiamo oltre allo studio delle applicazioni speciali della teorica subiettiva, fatte dalla nuova scuola di diritto penale alle diverse categorie di delinquenti.

§ 1.

Delinquenti istintivi (nati) ed abituali incorreggibili.

16. L'affermazione dei sociologi-criminalisti: che gli atti semplicemente preparatorii, o esecutivi ma non idonei, costituiscono tentativo punibile ogni qualvolta provengono da delinquenti nati, ovvero da delinquenti abituali incorreggibili ed attengono alla speciale forma criminosa da questi ultimi esercitata, ci sembra fonte di difficoltà per avventura insormontabili, di contraddizioni e di pericoli nelle sue pratiche applicazioni.

La prima difficoltà consiste nel determinare il tipo criminale del supposto colpevole di tentativo, stante l'incertezza e le discordanze regnanti tra i proseliti della nuova scuola relativamente alla classificazione ed ai caratteri organici e psichici peculiari di ciascuna categoria di delinquenti:

---

(1) *Puglia:* La psico-fisiologia e l'avvenire della scienza criminale (nell'Arch. di psich. Vol. II, 1881, pag. 79 e seg.).

incertezza e discordanze aventi gran peso *in subiecta materia*, sia perchè la classificazione antropologica dei delinquenti, dato fondamentale dell'antropologia criminale, costituisce il perno della sociologia criminale, e non si tratta di semplici parziali differenze di interpretazioni personali, sia perchè dalla classificazione predetta dipende la forma e l'intensità della reazione difensiva sociale.

La seconda difficoltà risiede nel fissare la criminalità caratteristica di ciascuna categoria: determinazione assai malagevole, sia a cagione delle divergenze tra gli scrittori su l'argomento, sia per la possibilità che taluni reati, più frequentemente commessi da delinquenti istintivi o per abitudine acquisita, vengano perpetrati da rei fortuiti, e viceversa.

La terza difficoltà s'incontra nello stabilire se l'atto compiuto appartenga o meno alla criminalità caratteristica del preteso delinquente nato o abituale da giudicare, allorquando sia preparatorio in modo assoluto, e perciò affatto equivoco.

La quarta ci si para dinanzi quando ci troviamo in presenza di delinquenti nati non recidivi, i quali incominciano la loro carriera delittuosa con atti preparatorii, e sono, nondimeno, per altri argomenti (in grazia p. e. del movente del voluto reato) da considerarsi come delinquenti istintivi (temibili).

Il pericolo, poi, in cui s'incorre nell'accogliere i superiori principî (tacendo, per ora, delle contraddizioni, cui verremo appresso indicando) si è di amministrar male giustizia, reprimendo la nuda volontà criminosa, accompagnata da atti tali, che, anche ripetuti le mille volte, non possono riuscir mai a generare la più lontana apprensione per la sicurezza individuale e sociale, nè turbare l'ordine giuridico esterno.

17. Non sarà difficile il fornire la prova di tali difficoltà, contraddizioni e pericoli.

Occorre, all'uopo, tener presente un'osservazione preliminare: ammettendo per poco, con la nuova scuola, che

la parte di fatto già compiuta valga di mero indizio della probabile perseveranza dell'agente nel malvagio volere *usque ad finem*, siccome negli atti preparatorî non è dato nè anche tale significato riscontrare, perchè equivoci e troppo lontani dall'ultimo atto consumativo, tanto da restar sempre aperto l'adito alla desistenza spontanea prima di arrivare *usque ad finem*, e siccome la qualità di delinquente istintivo importa senz'altro « per quanto umana cosa può esser certa, che l'agente non avrebbe spontaneamente desistito, onde il pericolo è esistente come se il delitto fosse stato commesso », così è evidente la niuna necessità nè meno di un atto preparatorio (d'altronde non convincente) per accertarsi, nell'accennata ipotesi, di siffatta costanza, bastando all'uopo, come dicemmo, la confessione dell'agente, suffragata dal suo tipo criminale.

Tutto, adunque, si riduce a ricercare la vera e diritta via da percorrere per iscoprire il detto tipo.

Ma qui, a punto, ci si para dinanzi la prima difficoltà, derivante dalle discrepanze tra i seguaci stessi della scuola positiva, sia intorno al numero ed alla specie delle categorie, in cui ripartire la gran massa dei malfattori, sia intorno ai caratteri organici e psichici onde si differenziano tra loro e dagli uomini onesti.

Per convincersene basta leggere " I nuovi orizzonti " e la " Sociologia criminale " (terza edizione dei « Nuovi orizzonti ») del Ferri (1), in cui il chiaro scrittore enumera molte e disparate classi di delinquenti, varie di contenuto, di significato e di nome, secondo i punti di vista degli scrittori che le hanno proposte e secondo l'interpretazione data ai caratteri antropologici ed alle cifre statistiche, su cui si fondano, senza però specificare tassativamente i caratteri

---

(1) *Ferri:* I nuovi orizzonti del diritto e della proc. penale, Bologna 1884 pag. 204 e seg., 256 e seg. — Sociologia criminale, Torino 1892 pag. 137 e seg., 190 e seg.

tipici di ciascuna di esse, confessando, anzi, che « le anormalità, specialmente organiche (*e quindi anche le psichiche*), si trovano non solo nei delinquenti, ma anche negli uomini onesti, nei pazzi non delinquenti e nei degenerati in genere », che « non tutti gli individui presentano un tipo spiccato e completo, non solo nell'antropologia criminale, ma nemmeno nell'antropologia in genere », che fra i delinquenti di occasione e per impeto di passione « il tipo criminale antropologico o non esiste o si riscontra assai meno » in confronto alle altre classi di delinquenti, e che « mancano limiti precisi fra delinquenti ed onesti, antropologicamente e sociologicamente parlando » (1); onde il Fioretti ha dichiarato, essere le classificazioni dei delinquenti *incerte e vacillanti* più ancora di quella più generale tra onesti e criminali (2).

Più particolarmente, per limitarci al nostro tema, il Ferri non addita i dati certi per riconoscere se taluno sia piuttosto reo istintivo, che fortuito, ovvero individuo onesto, o pazzo, o degenerato; e, nella stessa categoria dei delinquenti incorreggibili, non determina i caratteri e gli elementi incontrastabili per differenziare i rei nati dagli abituali e dai pazzi.

Egli enumera soltanto i principali caratteri anormali dei delinquenti *in generale* (tanto accidentali, quanto istintivi e per abitudine cronica), soggiungendo che possono trovarsi anche negli uomini onesti, quantunque, di solito, con minore frequenza; onde « quando si dice che nei delinquenti si trovano le tali e tali anomalie, non si vuol dire che queste siano sintomi assolutamente ed esclusivamente criminali » (3).

---

(1) *Ferri:* Sociologia crim., pag. 88, 99, 105 e 108.

(2) *Lombroso, Ferri, Garofalo e Fioretti*: Polemica, ecc., pag. 224.

(3) *Ferri:* I nuovi orizzonti, ecc., pag. 189 e seg. e 197 — Sociologia crim., pag. 200 e 102. « Noi troviamo un uomo che presenta certe *anomalie* non solo craniche, ma della fisonomia, dei visceri (*ne occorre forse l'autossia?*) e sopratutto del sistema nervoso. Noi diciamo allora: quest'uomo *non è normale* (*certamente!*). Sta bene; ma non per questo ne viene che egli sia o debba essere un delinquente »: bisogna, prima, che delinqua (Polemica, ecc., pag. 77).

Similmente il Garofalo, dopo aver esposto a pag. 101 della sua « Criminologia » le anormalità più frequenti, *comuni* a tutti i delinquenti istintivi (nati) e per abitudine acquisita, a pag. 116 dichiara che tanto costoro quanto i *fortuiti*, possono essere rei *abituali*, con la sola differenza che, mentre i primi sono incorreggibili, i secondi possono desistere dal misfare col venir meno delle spinte dell'ambiente.

Per distinguere, poi, se un individuo fornito di certe anomalie sia delinquente nato oppure abituale, il Ferri propone di esaminare se esse si disvelino *più o meno spiccate*, perchè « i delinquenti nati sono propriamente quelli in cui si notano in modo più spiccato i caratteri speciali, rivelati dall'antropologia criminale », laddove i delinquenti abituali « sono individui che *non hanno*, o non hanno così spiccati i caratteri antropologici (*organici e psichici*) del delinquente nato » (1).

Queste difficoltà nella scoperta del carattere dell'agente concorrono, a loro volta, a rendere ancor più ardua di quel che non sia già per sè stessa la prova dei motivi determinanti, da desumersi, tra l'altro, dal tipo criminale dell'agente.

A questo punto giova notare come, in tale ricerca, non suffraghi in modo decisivo neppure lo studio dei due caratteri sociologici: la recidiva e la precocità nel misfare, perchè elementi non necessarî ed infallibili di distinzione tra i rei nati e gli abituali: « Precocità e recidiva: ecco, oltre le note antropologiche, i caratteri sociologici di questi delinquenti abituali, *insieme pure* ai delinquenti nati » (2).

« I caratteri antropologici acquistano un valore soltanto quando in un individuo sono concomitanti al reato e, più ancora, all'abitudine del reato », essendo, per sè, mero « indizio probabile di una tendenza criminosa dell'individuo » (Polemica, pag. 224 e 230).

(1) *Ferri:* I nuovi orizzonti, ecc., pag. 238 e 240 — Sociologia crim., pag. 168 e seg.

(2) *Ferri:* I nuovi orizzonti, ecc., pag. 241 — Sociologia crim., pag. 170. La recidiva *cronica* è persistente, come sintomo di patologia individuale e sociale ad un tempo, nelle due classi dei delinquenti *nati* e *per abitudine acquisita* (I nuovi orizzonti, pag. 249 — Sociologia crim., pag. 178 e 190).

La statistica segna, è vero, « una maggiore frequenza dei delinquenti precoci nelle forme criminose, in cui prevale la *tendenza congenita* oppure l'*abitudine acquisita* » e dimostra che « l'altro carattere specifico dei delinquenti *nati* ed *abituali* è la recidiva » (1): però, la recidiva non è sempre *sintomo* necessario per qualificare taluno come delinquente nato e decretarne la reclusione indefinita, bastando a volte, secondo i positivisti, *il primo delitto* (2), laddove a volte la ritengono all'uopo assolutamente indispensabile: « I dati della recidiva valgono a completare e controllare col suggello giuridico il concetto del delinquente nato, che certo al di fuori della pretta antropologia teorica *non può considerarsi come tale* finchè non abbia offerto una *ripetuta recidiva*, tanto più se si pensi che le sue anomalie anatomiche si possono trovare in quasi tutte le forme psichiatriche-degenerative, anzi anche nel cieco-nato e nel sordomuto, e le tendenze criminose sono comuni nella prima età dell'uomo e sotto speciali circostanze possono ripullulare anche nella vita dell'uomo medio »! (3).

Per la qual cosa, al fin de' conti, gli uomini onesti si distinguono dai delinquenti, perchè nei primi le anormalità non sono così frequenti, nè gravi, nè accumulate in ciascun individuo come nei secondi — i rei fortuiti si distinguono dagli istintivi perchè non anormali in eguale misura — tra i rei fortuiti, gli occasionali si distinguono da quelli per impeto di passione per l'esagerazione fisica dei loro caratteri organici e psichici, con differenza, perciò, quasi

(1) *Ferri:* I nuovi orizzonti, pag. 245 e seg. — Sociologia crim., pag. 175. « Il numero delle recidive, che devono stabilire la incorreggibilità, dovrebbe variare secondo i reati » « per il delinquente abituale occorre un numero di recidive più o meno grande secondo la specie e le circostanze dei reati commessi, prima di decretarne l'incorreggibilità » (*Ferri:* I nuovi orizzonti, pag. 544 e 549).

(2) *Ferri:* I nuovi orizzonti, pag. 549. V. pure pag. 161, 544 e 545 — Sociologia crim., pag. 751, 738, 739 e 573 — *Garofalo:* Criminologia, pag. 288.

(3) *Ferri:* Sociologia crim., pag. 155 e 190.

esclusivamente, di più o di meno, in quanto questi ultimi presentano in minimo grado, e spesso non presentano affatto, il tipo criminale — e, nella classe degli inemendabili, gli abituali si distinguono dai rei-nati perchè non hanno o non hanno molto spiccate le comuni anomalie.

Così tutto si riduce ad una questione di grado o di proporzione (1), ossia di più o di meno, e si desidera tuttora un criterio positivo, rigorosamente scientifico, atto a dirigere lo studioso nella ricerca predetta, tanto più che, oltre al numero ed all'appariscenza delle anomalie, è mestieri tener conto dell'importanza biologica relativa.

Onde il Puglia ha confessato che « allo stato non si possono stabilire in modo certo i caratteri antropologici delle varie specie dei delinquenti » (2), ed il Ferri, d'accordo col Sergi, ha ridotto alla fisonomia l'elemento decisivo nella determinazione del tipo criminale: « Il tipo criminale antropologico risulta bensì da un insieme di caratteri organici, ma fra questi i *decisivi* sono veramente le linee e le espressioni della fisonomia. Le anormalità nella struttura e forma ossea del cranio e del corpo sono come il complemento di quel nucleo centrale che è la fisonomia; nella quale poi alcuni tratti sopra gli altri son caratteristici, e cioè: gli occhi e la mandibola.... Quello soltanto che mi preme osservare è la prevalenza della fisonomia nella diagnosi del tipo criminale, perchè veramente dalle sole anomalie craniche o scheletriche si può soltanto, almeno per quanto io ne so, distinguere il degenerato in genere dal normale, ma non, per esse sole, il criminale dagli altri degenerati » (3).

---

(1) *Garofalo:* Criminologia, pag. 101, 115 e seg. — *Ferri:* Sociologia crim., pag. 104, 162, 182 e seg., 186 — *Lombroso:* L'uomo delinquente, IV ediz. Vol. 2 pag. 388 e 422 — *Lombroso, Ferri, Garofalo e Fioretti:* Polemica, ecc., pag. 9 e 80).

(2) *Puglia:* Condizioni attuali del dir. pen. in Italia (nell'Antol. giur. 1893 fasc. VIII pag. 665).

(3) *Ferri:* Sociologia crim., pag. 106 e seg. — *Sergi:* Le degenerazioni umane, Milano 1889 pag. 116.

Per la qual cosa, basterebbe qualche anomalia nella struttura del cranio e del corpo, unita all'esame dei dati anamnestici ed alle anormalità decisive della fisonomia, per qualificare taluno come delinquente, non si sa, però, di quale specie!

Se non che, fatti accorti i positivisti della scarsa concludenza e, nel tempo stesso, degli eccessi derivanti da codesti assunti, e fatti persuasi che i « rilievi organici dell'antropologia criminale sono una parte soltanto e la meno importante dei nuovi studi sull'uomo delinquente » (1), si sono rivolti ai rilievi psichici dicendo:

1) Che, quantunque nello studio dell'uomo delinquente debba darsi la *precedenza* allo studio organico, quale prefazione dello studio psichico di esso, tuttavia la *prevalenza* spetta ai caratteri psichici, e specialmente ai seguenti due, aventi il valore diagnostico *più decisivo*, cioè: l'insensibilità morale e l'imprevidenza del delinquente — la prima assai più congenita che acquisita, totale o parziale, rivelantesi per una serie di manifestazioni, che si riducono a queste due condizioni del sentimento morale *in una gran parte* dei delinquenti: non ripugnanza all'idea ed all' azione criminosa, prima del delitto; mancanza di rimorso, dopo averlo perpetrato — e l'imprevidenza delle conseguenze dolorose del maleficio, concorrente a far mancare l'ultima repulsione da esso (la quale rientra e si confonde, ne pare, col difetto di repugnanza predetta);

2) Che, essendo le anomalie psichiche *comuni* a tutti i delinquenti (ed anche agli onesti, almeno di fronte al Codice penale), il fattore biologico della delinquenza consiste in qualche cosa di specifico, *che non si è ancora determinato*, ma senza del quale è impossibile spiegare il diverso operare degli individui (2);

---

(1) *Ferri:* Sociologia crim., pag. 15 in nota.

(2) *Ferri:* Sociologia crim., pag. 58 e 188 — *Garofalo:* Criminologia, pag. 116.

3) E che l'antropologia, con tutti i suoi rilievi organici e psichici, non può prevedere il delitto, ma deve attendere che questo fatto *decisivo* si manifesti (1): « Il delinquente non si può dir tale (per quanto profonde e numerose le sue anormalità organiche e psichiche) se prima non abbia manifestate le sue tendenze criminose, ciò che fa appunto *commettendo un delitto* » (2); onde « se si domandasse: Data in un individuo la riunione di molte simili anomalie psichiche, patologiche ed antropologiche, se ne potrebbe conchiudere senz'altro che quell'individuo sia un delinquente? La risposta dovrebbe essere recisamente negativa. Nulla si può conchiudere fino a tanto che, fra tutti quei caratteri concomitanti, manchi *il principale* che è appunto il *delitto* » (3).

Perciò, la fisonomia, carattere organico *decisivo,* cede il posto nella diagnosi fisio-psicologica ai rilievi psichici, i quali diventano l'elemento prevalente e *più decisivo*, e questi a loro volta cedono il posto al delitto, l'elemento *principale e più importante*, l'unico veramente decisivo, che costituisce l'obiettivo vero e proprio del diritto penale.

Ora, se, per qualificare taluno ad es. delinquente-nato, è indispensabile attendere la violazione della legge penale, non si comprende come mai i positivisti non richiedano sempre, per applicare le pene proprie del conato, lo stato di recidivanza anche per i delinquenti nati, i quali muovono i primi passi su la via del male con un preteso tentativo mediante atti *preparatori*, ed esigano in vece la recidiva per i rei abituali; vale a dire, non si comprende come possa applicarsi la loro teorica al caso di chi, pur offrendo tutti i

(1) *Garofalo:* Criminologia, pag. 111.

(2) *Lombroso, Ferri, Garofalo e Fioretti*: Polemica, ecc., pag. 119 — *Ferri*: Sociologia crim., pag. 88.

(3) *Garofalo:* Criminologia, pag. 110 — *Ferri:* I nuovi orizzonti, pag. 197, Sociologia crim., pag. 102 — *Lombroso, Ferri, Garofalo e Fioretti*: Polemica, pag. 78.

caratteri peculiari del reo-nato, dia vita ad un atto *preparatorio*, senza aver mai precedentemente delinquito.

Perchè gli atti preparatorî siano punibili come conato, debbono provenire da un delinquente-nato — ma non può dirsi tale chi non ha ancora delinquito — dunque rimangono impuniti tutti i pretesi tentativi, commessi con atti preparatorii da chi non si è reso precedentemente colpevole di delitti tali, da farlo classificare tra i delinquenti istintivi: e ciò in opposizione al principio che basta il movente del primo reato (o di un tentativo di esso) congiunto ai caratteri proprii del criminale istintivo, per qualificar l'agente come tale, e legittimare ad un tempo la repressione dei primi atti preparatorii a titolo di conato.

Per tal guisa, la recidiva assorgerebbe a circostanza indispensabile per la punibilità degli atti preparatorî o inidonei, acquistando ad un tratto importanza suprema e decisiva nello studio del tentativo, non soltanto rispetto ai delinquenti per abitudine acquisita, ma rispetto altresì ai delinquenti-nati (1), a meno che non si voglia ravvisare conato punibile nel fatto di chi, impregiudicato fino a quel momento, ma fornito disgraziatamente di note antropologiche proprie del delinquente-nato, compra un fucile manifestando l'intenzione di servirsene per uccidere un ricco per sete di denaro (movente sommamente antisociale).

18. La seconda difficoltà s'incontra — dicemmo — nell'esame della criminalità caratteristica delle varie classi di delinquenti.

(1) « La recidiva, sia propria o specifica, sia impropria, è per noi uno degli elementi più preziosi per la classificazione dei tipi o classi di delinquenti, *su cui fondasi il nostro sistema di penalità*. Noi diamo dunque a questa circostanza un valore molto maggiore di quello che le concedono i giuristi ed i magistrati ». « Essa è uno dei più sicuri segni rivelatori del delinquente *istintivo* ed incorreggibile » (*Garofalo:* Criminologia, pag. 286 e 288).

I sociologi-criminalisti non indicano, nè sono in grado di accennare, le forme proprie della delinquenza abituale e quelle speciali della delinquenza innata, sceverandole nettamente tra loro e dalla criminalità caratteristica dei rei fortuiti (di occasione, per passione), perchè non vi hanno delitti peculiari di ciascuna delle prime due specie di delinquenza, e perchè « come può avvenire ed avviene in fatto, che anche parecchi reati appartenenti alla delinquenza abituale siano commessi tuttavia da delinquenti occasionali, massime gli *omicidi,* così può avvenire ed avviene che delinquenti abituali commettano anche reati, che di solito non entrano nella loro criminalità caratteristica » (1).

Il Ferri p. e. nel distinguere i rei-nati dagli abituali non menziona i delitti proprî dei primi e dei secondi, ma, raggruppandoli tutti sotto la dizione generica « delinquenza abituale », si comporta in guisa, da non far rispondere il criterio statistico al classificativo. Di fatti, annovera tra i maleficî particolari della delinquenza *abituale:* l'assassinio, l'omicidio, il furto, l'associazione di malfattori, lo stupro, la grassazione, l'incendio, il vagabondaggio, la truffa ed il falso — comprendendovi precisamente i delitti dichiarati pure caratteristici dei delinquenti-nati (furto, falso, grassazioni e rapine, stupri violenti, omicidi per sola brutalità o per facilitare altri reati, bande armate, oziosità e vagabondaggio « manifestazioni caratteristiche dei delinquenti più lontani dall'uomo normale ») (2).

A pag. 231, poi, dei Nuovi orizzonti (pag. 160 della Sociologia crim.), riporta i misfatti *più spesso* estranei alla

(1) *Ferri:* I nuovi orizzonti, pag. 227 — Sociologia crim., pag. 157. « Nelle forme di delinquenza abituale, prese genericamente, possono entrare anche dei delinquenti occasionali, specie negli omicidi e *furti;* e d'altra parte i reati comunemente occasionali possono commettersi anche da delinquenti *nati* o *abituali* » (I nuovi orizzonti, pag. 256 — Sociologia crim., pag. 190).

(2) *Ferri:* Confr. I nuovi orizzonti, pag. 228 con pag. 219 e seg., e Sociologia crim., pag. 157 con pag. 150 e seg.

delinquenza abituale, ingenerando imbarazzo non lieve in chi volesse accingersi a specificare i reati peculiari di ciascuna classe di delinquenti.

E v'ha di più: essendovi, a lato ai reati comuni alla delinquenza abituale ed alla fortuita, reati estranei rispettivamente all'una o all'altra di esse, come regolarsi nel caso di un individuo, il quale presentasse anomalie più frequenti e proprie dei rei di abitudine (o che fosse stato come tale precedentemente qualificato), e frattanto commettesse un'azione perfettamente difforme dalla criminalità caratteristica della categoria cui appartiene?

Sono da considerarsi come veri e proprî tentativi — dice la nuova scuola — gli atti semplicemente preparatorî commessi da delinquenti abituali nella speciale forma criminosa da essi esercitata: compiendo, adunque, un delinquente per abitudine acquisita un atto preparatorio estraneo alla sua criminalità caratteristica (dato che l'univocità potesse dedursi da un atto preparatorio), non dovrebbe rispondere di tentativo.

A maggior ragione rimarrebbero impuniti tutti i conati, per quanto numerosi e frequenti, commessi da rei-nati con atti preparatorî fuori della loro speciale forma criminosa, in onta al principio della sufficienza, per codesti individui temibili, della perseveranza nel malvagio volere, accoppiata agli atti medesimi.

19. La terza difficoltà mette capo alla determinazione della natura dell'atto compiuto, se conforme o meno alla criminalità caratteristica dell'agente, allorquando è preparatorio in modo assoluto, e perciò affatto equivoco.

Come asseverare, in vero, che un'azione di sua natura equivoca, attenga con tutta certezza ad una data forma criminosa, speciale del preteso colpevole da giudicare?

Lo stato di recidivanza ed il tipo criminale non possono

attribuirle l'univocità che le manca; e concesso pure che, in progresso di tempo, la nuova scuola giungesse a stabilire le varie forme di reati proprie dei delinquenti nati, e quelle peculiari degli abituali, rimarrebbe tuttavia a sapersi, se la « speciale forma criminosa » richiesta per la punibilità del tentativo con atti preparatorî, sia riferibile ad una qualsiasi tra le varie forme della delinquenza abituale in generale, ovvero se la si debba esigere particolarmente ed individualmente propria dell'attentante; anzi, trattandosi di recidivi, resterebbe a sapersi se occorra l'identità specifica o la generica tra i diversi maleficii.

Gli esempi, addotti dal Garofalo a conforto della teorica della nuova scuola, accennano tutti a recidiva specifica o propria: « Il falsificatore di monete *già condannato* prepara *tutti* i suoi arnesi, compera quelli che gli mancano, dispone *ogni cosa* alla coniazione?

Lo stupratore *recidivo* induce una bambina ad entrare in sua casa, la fa sedere sulle sue ginocchia e l'accarezza?

Il grassatore *evaso dal carcere* si è armato ed accostasi alla porta della casa ove dorme il ricco?

Se codeste azioni non hanno potuto andare oltre per ostacoli sopravvenuti, indipendenti dalla volontà dell'agente, esse sono *veri tentativi criminosi;* invero, l'*intenzione è troppo manifesta,* perchè possa dubitarsi dell'esito che, senza l'ostacolo, avrebbe avuto ».

« Suppongasi che due *ladri di mestiere* siano trovati di notte innanzi alla porta di una casa disabitata, e contenente oggetti di qualche valore, muniti ambedue di ordigni atti alla scassinazione. Quale persona di buon senso potrà dubitare della loro intenzione? E perchè allora non potrà dirsi giuridicamente ciò che tutti i presenti credono in loro linguaggio potere asserire, esservi stato un tentativo di furto?

Un uomo, dopo aver *minacciato* altri di morte, si arma di fucile e va a nascondersi dietro una siepe sulla via che il suo nemico, tosto dopo, dovrà percorrere, se non·che questi, prevenuto, gli va alle spalle e lo disarma. Non

dovrà dirsi sufficientemente manifestata l'intenzione? » (1).

Il Garofalo, adunque (eccettuato quest' ultimo caso, riferibile verisimilmente ad un delinquente-nato, attesa la natura del maleficio, il probabile movente di esso e la mancanza di altre fattispecie a delucidazione della teorica della nuova scuola rispetto ai rei-nati) suffraga la sua tesi con esempî di delinquenti abituali, recidivi nello stesso reato, elevando, così, la recidiva propria ad elemento essenziale per la punibilità, come conato, degli atti preparatorî compiuti da costoro, e riconoscendo, per tal guisa, nella recidiva, anzichè nel tipo criminale dell'individuo, la circostanza decisiva per la punibilità del medesimo.

20. Ma qui ci si para dinanzi la quarta difficoltà, relativa ai delinquenti-nati, riconosciuti tali per il movente del maleficio anche semplicemente tentato.

Vi hanno individui (insegna la nuova scuola) completamente sforniti di qualsiasi anomalia organica propria dei rei istintivi, da collocarsi nondimeno nel novero di essi per la sola *natura del movente del reato* ovvero per il modo di esecuzione, senza bisogno di ricercare i fatti di lor vita precedente, perchè la spinta al maleficio costituisce prova indiscutibile di grave pericolo persistente, ossia la natura ed il movente di esso presuppongono una profonda anomalia psichica, rivelatrice di crudeltà innata od istintiva (2): come ad es. nel caso di omicidio (consumato o tentato) per vendetta, cupidigia ecc., in cui l'agente apparisce senz'altro, fino dal primo misfatto, quale delinquente *nato* (3).

---

(1) *Garofalo:* Criminologia, pag. 262 e seg., 264.

(2) « Condizione necessaria alla produzione del delitto è *sempre* un'anomalia *psichica*, di grado maggiore o minore, quand'anche il motivo determinante sia fornito da influenze d'ambiente » (*Garofalo:* Criminologia, pag. 137).

(3) *Ferri:* I nuovi orizzonti pag. 161, Sociologia crim., pag. 573 — *Garofalo:* Criminologia, pag. 277, 422 e seg.

Per conseguenza, una volta conosciuto il movente del preteso tentativo, ed apparso sommamente antisociale, dev'essere sufficiente l'incominciare a prodursi su la scena del mondo con un atto preparatorio per aversi un conato punibile, quantunque non si tratti di individuo recidivo.

E pure, l'asseverare che vi hanno individui somaticamente costituiti in modo affatto normale, almeno all'esterno, i quali possono tuttavia qualificarsi rei-nati in grazia dell'anomalia psichica, disvelata dal movente disumano od improbo del preteso tentativo — e che, a costituirlo, bastano semplici atti preparatorî, provenienti, a punto, da individui, i quali, se il maleficio si fosse consumato, si sarebbero dichiarati delinquenti-nati (p. e. omicidi istintivi) per l'indole del motivo determinante alla strage — ne sembra arbitrario e pericoloso, avvegnachè la gravità dell'anomalia morale, che si dovrebbe in essi presupporre, sia tale, da non essere permesso, atteso la lontananza dall'ultimo atto esecutivo, di presumerla, nè di ritenere perseverante sino all'ultimo la *voluntas sceleris*. Mancando, pertanto, la convinzione della capacità dell'assassinio, e non essendo a sufficienza giustificata la grave presunzione d'istinto criminoso, nè la perseveranza predetta, la dottrina della nuova scuola non merita, a quanto pare, accoglimento.

Ciò premesso — riprendendo l'esempio di colui il quale, dopo aver minacciato di morte il suo nemico, va a nascondersi, armato, dietro la siepe — supponiamo ch'ei venisse sorpreso mentre si avvia in cerca della vittima designata, e prima del passaggio di questa lungo la strada fiancheggiata dalla siepe — supponiamo, ancora, che avesse proceduto a tale minaccia per brama di vendetta ed offerisse un cumulo di anomalie proprie dei delinquenti istintivi: dovremmo, per ciò solo, dichiararlo colpevole di tentato omicidio a cagione del movente che lo indusse alla minaccia e all'aguato? Senza dubbio, secondo la nuova scuola: — e pure, il punirlo a codesto titolo importerebbe fare il processo all'intenzione, laddove sarebbe giusto tenerlo responsabile di reato di minaccia,

o prendere contro di lui soltanto provvedimenti preventivi.

Di più, vi sarebbe antinomia nell'ammettere la figura del tentativo nella fattispecie, allegando come *troppo manifesta l'intenzione* — e nel negarla nell'ipotesi di chi, con risoluta volontà omicida, parimenti esternata sotto forma di minaccia, tiri un colpo d'arma da fuoco a distanza maggiore della portata di qualsiasi fucile, adducendo che l'inidoneità del mezzo dimostra una volontà non pericolosa, e quindi un individuo non temibile, quantunque apparso già, per precedenti misfatti e per il tipo criminale, delinquente istintivo, temibile, e quantunque adoperatosi alla strage con maggiore energia, astuzia e sangue freddo dell'altro.

In entrambi codesti casi la volontà di uccidere è manifesta: con questa differenza, che, mentre nel primo non solo non è certa la persistenza sua *usque ad finem*, attesa la mancanza di un vero atto esecutivo pericoloso, ma non è esclusa nè anche la possibilità di desistenza spontanea avanti l'esecuzione, nè la probabilità di un'esplosione dell'arma a distanza maggiore della portata di qualsiasi fucile, come nel secondo caso — in questo, avvenuto lo scatto, e rimasta *pienamente dimostrata la perseveranza nel pravo disegno* e *l'univoca direzione del colpo,* l'agente potè non aver calcolato bene la distanza per le accidentalità del terreno o per malattia agli occhi o per ignoranza intorno alla portata del suo fucile, maneggiato per la prima volta; di tal che (per seguire, senza aderirvi, la dottrina della scuola positiva), avendo « rivelato nel modo più completo il suo proposito, e fatto quanto aveva creduto necessario per realizzarlo », dovrebbe essere punito come delinquente temibile per l'avvenire, al pari del fanciullo di cui parla il Garofalo a pagina 272 della sua « Criminologia » e ciò anche in grazia dello stato di recidivanza e della categoria criminale, cui è ascritto.

Appena guarito della sua infermità (direbbe il Garofalo), o acquistata una nozione esatta delle distanze e della portata del proprio fucile, non fallirebbe di certo il colpo: l'ignoranza attuale non esclude il pericolo di future aggressioni.

Qui si troverebbero in conflitto, da un lato l'elemento della perseveranza fino all'ultimo nel malvagio disegno (volontà *pericolosa*) risultante dal fatto, e convalidata dalla *temibilità* dell'agente, derivante dalla sua natura di criminale istintivo, recidivo; e d'altro lato l'elemento del mezzo inidoneo, escludente il pericolo e la temibilità predetta, e comprovante in vece (secondo i positivisti) la *stoltezza* dell'agente.

Ma l'argomentare, dal colpo tirato a soverchia distanza, la stoltezza ed imbecillità del colpevole, ci sembra, in verità, troppo avventato, soprattutto se da un diligente esame egli risulti tutt'altro che idiota (1), tanto più ammettendosi il tentativo anche quando il mezzo apparisce « al *solo* agente come atto alla perpetrazione del maleficio » (2).

In realtà, in nessuna delle due ipotesi esiste tentativo punibile, stante l'assenza di atti esecutivi pericolosi.

Onde si vede quanto bisogni andar cauti nel conchiudere dalla inettitudine del mezzo alla innocuità dell'agente, in onta alle risultanze del tipo suo criminale, dei precedenti suoi e di quelli della famiglia, della recidiva, del movente del delitto e della perseveranza nel pravo volere, conspiranti a dimostrarlo temibile, ossia pericoloso nell'avvenire.

A ogni modo (osserviamo una volta per sempre) non debbono i positivisti andar scegliendo, a conforto della loro tesi, i soli esempî che meglio vi si attagliano; ma, proclamato il principio della punibilità degli atti preparatorî commessi dai delinquenti-nati (principio generale ed assoluto, non tollerante limitazioni di sorta), devono riconoscere l'esistenza del conato nel fatto di chi si limita p. e. a caricare una pistola, manifestando l'intenzione di uccidere il proprio genitore, assente in quell'istante, ed è sorpreso nell'atto di caricarla, ovvero

(1) Si noti, per ogni buon fine, che la nuova scuola distingue, tra i criminali, anche i delinquenti *idioti* (*Ferri*: nell'Arch. di psich. Vol. II fasc. 3, 1881 pag. 358).

(2) *Garofalo*: Il tentativo con mezzi inidonei pag. 340.

va ad acquistare dell'arsenico per dar morte a persona facoltosa a scopo di furto, e via via. Il fare delle restrizioni in proposito, significherebbe tener conto del punto, cui giunge la realizzazione del proposito reo (1).

21. Rispetto ai delinquenti abituali, ristretta l'applicazione dei principii della nuova scuola ai soli casi di recidiva specifica, non è difficile l'avvedersi come le novelle dottrine dalle antiche non si dilunghino gran fatto, e come la categoria criminale cui l'agente appartiene per i suoi caratteri antropologici, passando in seconda linea, si restringa ad un'importanza secondaria, dipendendo la punibilità degli atti preparatorî (o che si dicono tali) piuttosto dalla recidiva, e segnatamente dalla natura e qualità degli atti compiuti.

In vero, ripigliando il primo degli esempî dal Garofalo riportato in proposito di delinquenti abituali, quello del falsario recidivo, che « dispone *ogni cosa* per la coniazione delle false monete », noi ci troviamo in presenza di una recidiva propria e di una serie di atti, i quali non possono condurre se non ad un unico reato: la falsità in monete; e, per giunta, di natura tale, da mettere a pericolo la fede pubblica, giusta la regola innanzi propugnata (V. sopra n. 6).

(1) Dei delinquenti pazzi e semi-pazzi (mattoidi, affetti da pazzia ereditaria o da epilessia, necrofilomaniaci ecc.) il Garofalo e gli altri fautori delle novelle dottrine non fanno motto, svolgendo la teorica del tentativo secondo la scuola criminale positiva. Però, avvicinandosi costoro ed accomunandosi a volte ai delinquenti per passione, a volte ai delinquenti-nati, parrebbe che gli atti preparatorî da essi compiuti dovessero costituire, o meno, tentativo punibile, secondo che rientrano nell'una o nell'altra classe di malfattori.

Agli imputati, poi, i quali stanno fra l'una o l'altra categoria criminale, fra i delinquenti pazzi e gl'istintivi, fra i delinquenti pazzi e quelli per passione, fra i rei d'occasione e gli abituali ecc., non si sa quali norme applicare: se quelle proprie della delinquenza congenita o abituale, ovvero quelle relative alla fortuita.

Per conseguenza, essendo questo l'unico risultato possibile, ed essendo gli atti univoci e pericolosi, indipendentemente dalla categoria di delinquenti cui l'agente appartiene, sebbene il tipo suo criminale insieme alla recidiva concorra a rafforzarne la prova della temibilità, nondimeno gli atti stessi dovranno ritenersi, più che preparatorî, *esecutivi* (1). E se scienza e giurisprudenza sono oramai d'accordo nell'ammettere la nozione del tentativo punibile nei delitti d'impeto, quando gli atti eseguiti non possono produrre se non un solo effetto ed esser mezzo e mirare ad unico fine (2), a maggior ragione bisognerà qualificare conato criminoso il fatto in esame, in cui tutto l'occorrente alla consumazione fu predisposto con dolo determinato, ed in cui è necessità logica presumere come voluto l'unico effetto possibile: il falso nummario con mezzi sufficienti.

Giova, tuttavia, notare che, qualora altre circostanze escludessero la direzione della volontà a contraffare monete, sarebbe consentita soltanto l'applicazione dell'art. 260 del Cod. pen.

---

(1) La Corte di Cassazione di Napoli, in tema di falsificazione di carte di pubblico credito equivalenti a monete, ravvisò semplici atti preparatorii nel procurare il torchio, la pietra litografica ed altri oggetti indeterminati, e nel ricercare i litografi (sentenza 9 Novembre 1881).

Il *Buccellati* (Op. cit. n. 374 e 394) scrive: « Nella *preparazione* di veleni, di petrolio, di dinamite, *di istrumenti per fabbricare carta-moneta* ecc. si ha soltanto una presunzione, e quindi una ragione di prevenire, non di reprimere », non rivelandosi ancora *positivamente il soggetto passivo*, l'uomo da uccidere, la casa da incendiare o distruggere, il biglietto da fabbricare ecc., la quale cosa importa che, se dalle forme o dalle pietre litografiche apparecchiate cominciasse a distinguersi il taglio del biglietto da fabbricare, il tentativo sussisterebbe.

(2) Escludono il tentativo nel dolo d'impeto: *Rossi* (Op. cit. chap. 32), *Nani* (Principî di giurispr. crim. § 108), *Carmignani* (Elem. juris crim. lib. I § 231), *Lauria* (Esposiz. delle leggi pen., Parte I Cap. 11 n. 1 in fine), *Giuliani* (Istit. di dir. crim. lib. I Cap. 5 § 1), *Puccioni* (Saggio di dir. pen. lib. I tit. 7 p. 82), *Romagnosi* (Genesi ecc. § 694), *Pizzoli* (Op. cit. pag. 105), *Romano* (Istit. di dir. crim. Tomo I p. 122), *Jenull* (Commento al Cod. pen. austriaco, Parte II p. 237), *Mittermaier* (negli Scritti germ. Vol. I p. 278). — L'ammettono l'*Oliva* (Op. cit. pag. 20 e seg.), il *Pessina* (Op. cit.), il *Carrara* ed il *Roberti* nel senso sovra indicato.

(detenzione di istrumenti atti alla contraffazione ed a ciò esclusivamente destinati), potendo il fatto materiale della contraffazione consumarsi da persona diversa dal detentore degli ordigni.

Dunque il divario tra le due scuole, su questo punto, è soltanto apparente. —

Nell'altro esempio dello stupratore recidivo, siccome l'azione si svolge sul soggetto passivo della consumazione e l'atto preparatorio della chiamata della fanciulla acquista univocità in grazia dei due atti successivi della collocazione su le ginocchia e delle blandizie (sopra tutto se praticate in modo tale, da manifestare la vera intenzione dell'agente e completare le condizioni giuridiche dell'atto iniziale), così ci troviamo al cospetto di atti, più che preparatorî, *esecutivi* idonei; mentre la violenza è presunta (art. 331 n. 1 Cod. pen.).

Certamente anche qui la circostanza della recidiva specifica, il modo di procedere dell'agente, identico a quello onde iniziò i precedenti delitti da lui consumati, e l'indole temibile (stupratore abituale) concorrono a consolidare la prova dell'univocità e del pericolo; nondimeno, ripetiamo, sono gli atti susseguenti all'appello della fanciulla, esecutivi, pericolosi ed idonei, che fanno sorgere il tentativo punibile: tanto è vero che, se lo stupratore recidivo si limitasse ad invitarla ad entrare in sua casa (atto preparatorio), e venisse sorpreso prima di proceder oltre ad alcun atto esecutivo, non sarebbe imputabile di tentata violenza carnale nè pure dal più severo dei sociologi-criminalisti (1).

---

(1) La patria giurisprudenza ha deciso: « Chi, a fine di commettere il delitto di violenta congiunzione carnale, s'introduce clandestinamente nella camera della vittima, ne chiude la porta e rivolge alla vittima *parole* accennanti recisamente alla sua precisa intenzione, e afferra per le vesti la vittima che tende sottrarsi alla *violenza*, è colpevole di tentativo del reato contemplato dall'art. 331 cod. pen. » (Cass. Rom. 17 Febbraio 1891 Rep. Foro it. 1891 Voce Violenza carnale). Il caso, relativo ad un' adulta, è identico a

Si noti, però, che supponiamo accertata la volontà diretta alla copula, altrimenti non si potrebbe parlare se non di oltraggio al pudore (art. 338) o di atti di libidine violenti (art. 333 cod. pen.): reati entrambi della stessa indole di quello per il quale l'agente aveva riportato precedente condanna (art. 82 lettera f). L'obiettivo speciale del tentativo di violenza carnale è diverso da quello di codesti due maleficî: là è la congiunzione carnale — quì lo sfogo disordinato di lussuriosi appetiti e d'impudica intemperanza carnale, le mollizie, gli atti impudichi e lascivi, i quali, mentre costituiscono (secondo i casi) l'uno o l'altro degli ultimi due maleficî, possono servire di fondamento all'accusa di tentata violenza, solo quando dai medesimi o da altre circostanze risulti chiara la volontà dell'agente di congiungersi carnalmente con la fanciulla. —

Nella terza ipotesi del grassatore evaso dal carcere, la circostanza dell'appressarsi, armato, alla porta di casa del ricco, è equivoca e non ancora pericolosa : può tendere tanto alla rapina, quanto ad altro reato, p. e. al furto (recidiva generica — art. 82 lettera h Cod. pen.) data l'asportazione dell'arma a solo scopo di difesa personale nel caso di sorpresa in flagranza da parte del ricco, o de' suoi familiari, o degli agenti della forza pubblica ; e può avere altresì lo scopo innocuo di una visita all'amante, convivente, in qualità di domestica, con la famiglia del ricco, al fine di farsi da costei prestare un abito onde travestirsi, e salvarsi con la fuga in

---

quello esemplificato dal Garofalo, in cui la violenza si presume per l'età della fanciulla, alla quale sarebbe inutile rivolgere parole, di cui non comprenderebbe il significato.

« Costituisce il tentativo di stupro violento, e non oltraggio al pudore, l'assalire una fanciulla con intento di deflorarla, il rovesciarla per terra, collocarsi sulla persona, minacciarla nella vita, perchè non gridi, con un coltello nelle mani, e nel tempo stesso sollevarle la gonna » senza proceder oltre per un fortuito indipendente dalla volontà del colpevole (ivi, stessa voce n. 8).

seguito all'evasione (salvo sempre a servirsi dell'arma per difesa personale). —

Alla quarta ipotesi dei due ladri *di mestiere*, sorpresi avanti la porta di una casa disabitata contenente oggetti di valore, muniti di istrumenti adatti alla scassinazione, risponde, fino ad un certo punto, l'esempio, comunemente addotto dai classici criminalisti, dei ladri *notorii*, i quali, provvisti di grimaldelli, scalpelli e recipienti atti al trasporto, invadono la casa ove si racchiude un bottino correlativo a quei recipienti (1), e ritenuti colpevoli di furto tentato, quantunque senza aver posto ancora le mani su la cosa altrui. — Qui vi hanno in più due circostanze di fatto: l'ingresso nella dimora altrui *invito domino*, ed il trasporto dei recipienti; però, non è tanto il tipo criminale degli agenti (ladri di mestiere, abituali incorreggibili) che conferisce qualifica di tentato furto all'atto preparatorio della violazione del domicilio, quanto le condizioni materiali che lo accompagnano, rendendolo univoco, esecutivo e pericoloso fin dal momento in cui i ladri, scassinata la porta, si accingono alla ricerca degli oggetti da involare (2). In vece, nell'altro caso, il pericolo è dubbio e non è certa la perseveranza nell'intenzione di rubare: chi oserebbe, infatti, affermare che, prestando ascolto a qualcuno della comitiva, i ladri, prima di conficcare gli scalpelli nella porta dell'abitazione del ricco, non si sarebbero decisi ad astenersi, per quella notte, dal furto (sia per provvedersi di migliori istrumenti per aprirla, avendola trovata rivestita di lamine di ferro, sia per attendere una notte buia e tempestosa, non reputandosi sicuri di fare il colpo al chiaro di luna, in quella notte serena e tranquilla) e frattanto venissero sorpresi mentre prendevano una risoluzione di tal fatta? —

(1) *Carrara*: Programma § 358.

(2) La giurisprudenza ha ritenuto colpevole di furto tentato chi, con chiave falsa, è penetrato nella casa in cui voleva rubare senza poter involare nulla, atteso la presenza del padrone, creduto assente.

Comunque sia, tutti gli esempî messi innanzi dal Garofalo si riferiscono ad individui recidivi *in eodem genere mali*, onde la teoria della nuova scuola non sembra applicabile ai delinquenti abituali, recidivi, incorreggibili, i quali diano vita ad atti preparatorî conducenti a reato d'indole diversa dai precedenti, o peggio ancora estraneo alle forme della delinquenza abituale *in genere*.

E pure, secondo la nuova scuola, la natura di malfattore abituale, incorreggibile (e perciò *temibile*), accoppiata al *movente* del reato, dovrebbe ritenersi sufficiente alla repressione di qualsiasi atto preparatorio, avvegnachè la corrispondenza sua ai delitti precedentemente commessi non giovi, in fin de' conti, se non a *confermare* la temibilità dell'agente!

E pure (data, in linea d'ipotesi, l'esattezza delle massime professate dalla scuola positiva) un individuo notoriamente libidinoso, fornito dei caratteri nosologici più spiccati degli stupratori (occhio scintillante, fisonomia delicata salvo nello sviluppo della mandibola, labbra e palpebre tumide, complessione gracile ecc.) dovrebbe dirsi reo di tentata violenza carnale, quantunque non recidivo, nel caso dianzi riferito dell'appello di una fanciulla, della collocazione di essa su le ginocchia appena chiusa la porta ecc. ecc. perchè « troppo manifesta la sua intenzione! », non essendo indispensabile la recidiva specifica per corroborare la prova dell'intenzione.

E pure un delinquente-nato, già punito per anteriori misfatti (assassinio, incendio), il quale commettesse i menzionati atti conducenti a reato di *genere diverso* (contro il buon costume), non dovrebbe sfuggire alla pena, sotto il pretesto della mancanza di recidiva specifica, sia perchè delinquente istintivo *temibile* e recidivo, sia perchè non mancherebbe motivo di ritenere, col Tissot, che *cela annonce un homme disposé à toute sorte de crimes*.

A ogni modo, richiedendosi la recidiva specifica per la punibilità del tentativo con mezzi preparatorî da parte dei rei abituali, non v'è chi non si accorga quanto la classificazione

dei delinquenti venga a scapitare nell'importanza dai sociologi-criminalisti assegnatale; e come gli atti preparatorii acquistino univocità in grazia non tanto dei caratteri organici e psichici dell'agente, quanto della recidiva propria e segnatamente della natura degli atti compiuti.

22. Finalmente, quanto ai mezzi inidonei, rammentando il principio della nuova scuola: che l'inidoneità del mezzo esclude dal tentativo ogni carattere criminoso solo quando rivela la stoltezza e l'impotenza dell'individuo a diventare un vero delinquente, dimostrando non possederne la stoffa — si vedrà come tale principio non sia applicabile ai rei-nati ed a quelli, fra gli abituali, in cui la ripetizione del delitto spetta principalmente al fattore individuale (istintivi), a' punto perchè tutti costoro sono proclamati, senz'altro, *temibili* ed *incorreggibili* (1); laonde, rispetto ad essi, lungi dal trovare applicazione la massima, che il mezzo adoperato, inidoneo e non pericoloso, li dimostra non temibili ed incapaci di diventare veri delinquenti, si avvera, per l'opposto, il seguente fenomeno: che il loro tipo criminale riflette sul mezzo innocuo il carattere di pericolo emanante dall'agente, giustificandone la imputabilità per tentativo criminoso. Strana inversione di concetti, a cansare la quale in vano si sosterrebbe che l'inidoneità dell'azione può escludere, qualche volta, la temibilità nel delinquente istintivo o abituale inemendabile!

È in vece la scuola classica, che, dall'indole del fatto risalendo, in ogni singolo caso, all'indole dell'agente, ed arguendone di volta in volta la volontà pericolosa o meno, può dire: Un delinquente, reputato temibile *in generale* per il suo tipo antropologico, per la recidiva, per la vita precedente ecc.,

---

(1) *Garofalo:* Criminologia, pag. 112, 115 e seg., 271 e 275.

può chiarirsi non temibile in un caso particolare. — Ma la scuola positiva, che si appaga della credenza dell'agente di riuscire, co' mezzi impiegati, nell'intento, ed ammette la capacità criminosa come qualità immanente dell'individuo, di guisa che, una volta accertata la stoffa del delinquente (istintivo o abituale inemendabile), presume la perseveranza sua nel mal volere e la vittoria de' perversi istinti, non ha più ragione di qualificarne come folle ed impotente la volontà, fondandosi unicamente su la inidoneità del mezzo, salvo che non si decida una buona volta a confessare che il tipo criminale, la recidiva specifica, il movente del novello maleficio, la vita precedente, la confessione dell'agente e via dicendo, tutto messo in un fascio, non serve più a niente di fronte all'inidoneità del mezzo, la cui natura ontologica (pericolosa o meno) acquista ad un tratto importanza prevalente, anzi decisiva a dirittura.

Per l'opposto, relativamente ai rei fortuiti ed agli abituali, in cui il fattore esterno è causa precipua generatrice dell'abito al delitto (e reputati, perciò, piuttosto delinquenti di occasione), occorre l'esame della temibilità loro, prima di punire come conato gli atti inidonei da essi compiuti: ma di questo argomento avremo occasione di occuparci nel paragrafo seguente.

23. Dal fin qui detto chiaramente traspare il rischio che si corre, con le teoriche della nuova scuola, di non amministrare convenientemente giustizia, punendo (come meglio si vedrà in sèguito al n. 42) la nuda volontà criminosa accompagnata da atti preparatorii in modo assoluto, ovvero esecutivi ma affatto inidonei e non pericolosi; laddove contro gli individui temibili, i quali però non mettono a repentaglio la sfera giuridica altrui, sono leciti soltanto provvedimenti preventivi.

§ 2.

Delinquenti fortuiti (impulsivi o di impeto, di occasione, per passione, rei di delitti endemici).

24. Ciò che la nuova scuola dice in proposito dei delinquenti fortuiti o accidentali (di cui si distinguono due varietà, cioè: i *pseudo-criminali,* i quali non presentano caratteri di anormalità nè organica, nè psichica, ed i *criminaloidi* o *di occasione* propriamente detti) si estende ed applica a quei delinquenti abituali correggibili, i quali devono, come dicemmo, precipuamente al fattore esterno le ricadute nel misfare (e perciò si schierano tra i delinquenti di occasione), ed ai rei di delitti endemici.

Partendo, adunque, dal noto principio: che gli atti preparatorii sono da punirsi come tentativo nei delinquentinati, negli abituali inemendabili allorquando si tratti di recidiva specifica, ed in tutti quelli che manifestano in modo *non equivoco* la loro intenzione — la nuova scuola (svolgendo quest'ultimo concetto relativamente ai rei fortuiti e per abitudine acquisita, i quali compiono atti preparatorii estranei alla speciale forma criminosa da loro esercitata) sostiene, ricorrere il tentativo nel concorso delle seguenti due condizioni:

a) *Azione univoca* per sè stessa ed in rapporto all'agente;

b) *Certezza di pericolo,* ossia fermezza e serietà di volontà rea, perchè « tolta di mezzo la certezza o probabilità che il reo avrebbe perseverato fino alla fine nel suo malvagio proposito, non rimane alcun elemento di prova della sua temibilità ».

Non trattandosi, in fatti, di delinquenti istintivi o abituali inemendabili, di per sè *temibili,* e con *presunta* volontà pericolosa, è necessario desumere *aliunde* così fatta perseveranza

e certezza di pericolo, non suffragando all' uopo il tipo criminale del giudicabile.

Or bene, relativamente alla prima delle accennate due condizioni (*univocità* degli atti esterni verso un determinato maleficio), i positivisti osservano, non potersi contestare l'esistenza di un principio di esecuzione, per il solo fatto che la direzione loro non apparisca ancora diretta ed immediata, allorquando gli atti stessi, comunque preparatorii, posti in relazione con l'agente, rivelino in modo *non equivoco* l'intenzione criminosa. Però, mentre dettano la massima della presunta univocità degli atti preparatorii, provenienti sia dai delinquenti-nati, sia dagli abituali incorreggibili nella speciale forma criminosa da loro esercitata, non fissano norma alcuna per determinare quando reputar debbansi come univoci gli atti compiuti dai rei fortuiti e dagli abituali emendabili, e se possano apparir mai tali quelli semplicemente preparatorii, rimettendosi, così, implicitamente alle regole stabilite in proposito dai classici criminalisti, dappoichè indarno si farebbe ricorso, per risolvere la questione, alla categoria di delinquenti cui l'agente appartiene ed al significato degli atti preparatorii posti in relazione con lui, trattandosi di individui per natura propria non temibili, anzi in massima parte correggibili - i rei di passione nella proporzione del cento per cento (1).

Relativamente alla seconda condizione (*perseveranza* sino all'ultimo nel reo disegno), i positivisti dicono: « Si riconosce nell'agente un delinquente privo dei freni dell'amor proprio, del timore della pubblica opinione e di quello della pena, ovvero un delinquente *istintivo* privo di ogni senso di altruismo e spinto al delitto dalle sue brutali ed *invincibili* passioni?

(1) *Puglia*: La psico-fisiologia ecc., pag. 72 — *Barzilai*: La recidiva ed il metodo sperimentale (nella Riv. di discipl. carcer. 1883 pag. 461) — *Ferri*: I nuovi orizzonti, pag. 251.

In simili casi, per quanto umana cosa può esser certa, si può dire che l'agente non avrebbe spontaneamente desistito. Il pericolo è dunque esistente come se il delitto fosse stato commesso.

Si riconosce, invece, nell'agente un uomo il cui senso morale ha subito una *improvvisa* ecclisse per effetto di una *influenza esterna nuova* e *di non facile riproduzione?* Ed in tal caso non vi ha forse una grande probabilità che, giunto ad un certo punto, la resistenza dei *buoni istinti* lo avrebbe fatto indietreggiare, ovvero, se la cosa era ancor possibile, lo avrebbe indotto, tosto dopo il fatto, e prima che esso fosse scoperto, a riparare il danno? » (1); e così ritornano da capo al tipo criminale dell'agente (privo di senso morale, istintivo) — o pure fortuito (il cui senso morale ha subito un'ecclisse improvvisa). —

Rispetto, poi, alla questione della punibilità del tentativo inidoneo, la nuova scuola, facendo tesoro delle due massime: per la punibilità di esso basta l'idea dell'agente di potere, col mezzo adoperato, riuscire nell'intento — la temibilità dell'individuo è il solo criterio accettabile di penalità, ed in luogo di considerare l' attitudine o la inabilità dei mezzi, occorre considerare quella dell'individuo, per veder se possieda la stoffa del delinquente, poco importando il pericolo insito nell'azione — propone di esaminare se l'agente conosceva quale fosse in realtà il mezzo da lui adoperato, ovvero se, credendo servirsi dell'uno, ne adoperava in cambio un altro (2).

Se non conosceva il mezzo impiegato, il tentativo è punibile, come nel caso di chi, dopo aver corrotto un farmacista per ottenerne una certa quantità di veleno, abbia in vece, ricevuto, *senza saperlo,* per errore o rimorso del farmacista, una polvere innocua, propinata alla vittima designata:

---

(1) *Garofalo:* Criminologia, pag. 277.
(2) *Garofalo:* Criminologia, pag. 270.

nel qual caso, essendovi *pericolo rivelato dall'azione*, il veneficio deve dirsi *tentato o mancato* (!), malgrado il niun pericolo nascente dall'azione ed il modo di agire obbiettivamente vano fin dal principio, con la conseguente assoluta impossibilità di riuscita (1).

Per contrario, se l'individuo conosceva il mezzo adoperato, la scuola positiva distingue: quando questo appartiene a quelli di cui l'efficacia può esser nota *solo* alle persone che hanno fatto *speciali studii tecnici*, l'errore sul mezzo, ossia su la qualità e quantità sua, non deve *mai* essere causa d'impunità, come nell'esempio di chi, non essendo nè medico, nè chimico, nè farmacista, ritenga bastevole ad uccidere una dose di stricnina, in realtà affatto insufficiente: e ciò perchè la mancanza di cognizioni tecniche non prova punto l'*incapacità dell'uomo a delinquere* (2) — viceversa, quando l'errore procede da persona esperta nell'arte, la quale creda sufficiente la dose di veleno somministrata, esula la nozione del tentativo criminoso, perchè l'errore e l'ignoranza di costei la rivelano innocua, vale a dire l'inidoneità del mezzo dimostra la stoltezza e non temibilità dell'agente (3).

25. Ciò premesso, facendoci a studiare gli enunciati assunti — senza soffermarci al requisito della univocità dell'azione, sul quale la scuola positiva dalla classica non dissente

(1) In Francia, la Corte di Rouen, decidendo in causa congenere, escludeva gli estremi del tentativo nel fatto di un tale, che, volendo avvelenare la moglie, si era consigliato con un medico, il quale gli aveva dato una pozione innocua, dal marito propinata alla moglie, che l'aveva bevuta, mentre il medico era andato ad informare dell'accaduto il Pubblico Ministero.

Oltre il citato esempio, il Garofalo riferisce l'altro di Laurent Lacroix, già esaminato.

(2) Ciò riconferma come si puniscano le *tendenze criminose*, il delinquente *futuro* e non attuale.

(3) *Garofalo*: Criminologia, pag. 271.

— noteremo, rispetto all'altro requisito della certezza del pericolo, che i sociologi-criminalisti richiamano anche qui la classificazione dei delinquenti, dappoichè, per accertare la perseveranza o meno nel reo divisamento, propongono d'investigare l'indole dell'agente, se reo istintivo, nato o abituale incorreggibile (privo dei freni dell'amor proprio, del timore della pubblica opinione e di quello della pena, privo di ogni senso di altruismo e spinto al delitto dalle sue brutali ed invincibili passioni), ovvero delinquente fortuito (spinto al reato da una improvvisa ecclisse del suo senso morale, per effetto di un'influenza esterna nuova e di non facile riproduzione).

È manifesto, in fatti, che la più o meno facile riproduzione dell'incentivo esterno al delitto, costituente, nei rei fortuiti, la maggior forza determinante, e, negli istintivi, un semplice impulso, si connette e ricongiunge al tipo criminale dell'attentante, non essendo possibile determinare se, ripresentandosi l'identico incentivo, ei saprà nell'avvenire vittoriosamente resistervi, ovvero si lascierà di bel nuovo trascinare al misfare, senza procedere ad uno studio accurato e profondo del grado di sua energia volitiva (1), dei suoi caratteri fisiologici e psichici, della sua vita precedente, dei suoi sentimenti ereditarî ed acquisiti e via dicendo, in una parola, senza accertare la categoria criminale cui appartiene.

Tanto è vero, che al Galiero, il quale osservava: Come si farà a risolvere in un giudizio penale tutte queste domande relative al delinquente: « Il tale impulso si ripeterà esso? — ricomparirà nelle stesse forme? — produrrà gli stessi effetti? — o è stato un fenomeno unico nella vita di un uomo, prodotto da cause ora scomparse? » (2), il Garofalo ha risposto affidando la soluzione del problema alla

---

(1) *Restano:* Op. cit., pag. 28 e seg.
(2) *Galiero:* nel Giornale Napoletano, Nov. 1880.

classificazione del reo, da farsi dal giudice con la scorta di una legge esplicativa, chiaramente formulata (1).

Se, dunque, la nuova scuola, trattandosi di rei fortuiti, presume nell'agente la desistenza spontanea dal proponimento criminoso, a che cosa si riduce la differenza, *in subiecta materia*, tra i delinquenti istintivi ed abituali inemendabili, da un lato, e gli accidentali, dall'altro? Il divario è questo: nei primi si presume come probabile la perseveranza nel reo volere sino alla fine (certezza del pericolo), e quindi basta un atto preparatorio per tenerli responsabili di conato criminoso; laddove, nei secondi, si presume l'emenda, la resistenza dei buoni istinti, lo spontaneo abbandono dell'*iter criminis*, tanto che, malgrado la facile riproduzione della influenza esterna intorbidatrice del senso morale, continua ad aver vigore la presunzione di desistenza volontaria, trattandosi di delinquenti non completamente pervertiti, anzi emendabili: onde si richiedono atti *esecutivi* a prova dell'univocità e della perseveranza predetta da parte di costoro.

La nuova scuola non ispiega, tuttavia, in quali casi non sia presumibile, nei rei fortuiti, la desistenza volontaria prima dell'ultimo atto necessario alla consumazione, ossia non fornisce alcun criterio direttivo in tale disamina: per conseguenza, non soccorrendo all'uopo il tipo criminale, è mestieri ricorrere all'esame del punto ove si arrestò l'azione, vale a dire della natura e dell'essenza ontologica della parte di fatto già realizzata, la quale viene, in tal maniera, ad acquistare, nella specie, importanza estrema, decisiva.

Così, anche per questa via, la divisione dei delinquenti in varie categorie, lungi dall'estollersi a caposaldo della punibilità del tentativo, passa in seconda linea e rimane semplice indizio, prezioso fin che vuolsi, da tenersi a calcolo

(1) *Garofalo:* Criminologia, pag. 298.

nella ricerca predetta, mentre la natura dell'azione compiuta riacquista il primato, che a buon diritto le spetta.

26. Quanto alla punibilità del tentativo inidoneo, la distinzione tra persone fornite di cognizioni tecniche speciali intorno alla natura ed efficacia dei mezzi adoperati, e persone destituite di tali cognizioni, è in antitesi con le premesse della nuova scuola.

L'asserire, in fatti, che l'errore sull'efficacia del mezzo (p. e. su la quantità di stricnina occorrente per uccidere un uomo) lascia intatta la punibilità del conato, sol perchè la mancanza di cognizioni tecniche intorno alla potenza dei veleni non prova l'incapacità a delinquere — e che, per l'opposto, se l'errore procede da un medico, da un chimico o da un farmacista (i quali, con fermo proponimento di uccidere, abbiano somministrato qualche centigramma di stricnina meno del necessario) il tentativo sparisce, perchè l'inidoneità del mezzo e l'errore dimostrano l'innocuità e non temibilità di costoro (argomento dal mezzo adoperato all' indole dell' agente) — contrasta sì al principio generale della punibilità del conato nel caso di perseverante volontà criminosa, sì al principio che la capacità a delinquere e la temibilità, risultanti, per taluni individui, dal loro tipo criminale, non sono escluse dall'inidoneità del mezzo; onde potrebbe avvenire che il medico, il chimico, il farmacista, sebbene omicidi istintivi, non si ritenessero temibili, nè imputabili per il semplice fatto di avere propinato altrui qualche centigramma di veleno meno del necessario!

Nè si obbietti che la volontà *criminosa,* quantunque perseverante *usque ad finem,* non fu in essi *pericolosa,* imperocchè o per volontà pericolosa s'intende quella che si mantiene invariata sino all'ultimo, ed allora le due fattispecie di tentato veneficio da parte di persone esperte e non esperte

circa la potenza dei veleni non differiscono tra loro, essendo in tutte perseverante il malvagio proponimento; ovvero con la formola « volontà pericolosa » si vuole accennare alla volontà dimostrata tale dall'essenza ontologica dell'azione commessa in modo da ricavare da questa il pericolo di quella, ed allora in nessuna delle due fattispecie il diritto alla vita è stato posto a cimento effettivo, stante l'assoluta insufficienza del mezzo adoperato.

Trattandosi, poi, di delinquenti fortuiti, se il difetto di cognizioni tecniche speciali non dimostra l'innocuità dell'agente (prova negativa), non ne prova nemmeno la capacità a delinquere, cioè la temibilità, esclusa, del resto, dalla categoria criminale, cui l'agente appartiene (prova positiva). Perchè, adunque, volerlo punito ad ogni costo, dicendo che *in nessun caso* deve farsi luogo alla impunità?

Viceversa, l'illazione della non temibilità della persona dell'arte dall'error suo intorno alla quantità di veleno occorrente ad uccidere, è arrischiata ed esorbitante dalla premessa, avvegnachè se tale errore può dimostrare la scarsa perizia o la poca pratica del chimico, del farmacista ecc., non attesta sempre l'innocuità e non temibilità dei medesimi, a dispetto della perseverante volontà criminosa altrimenti accertata.

Dalla ignoranza, o meglio dalla manchevole istruzione e dall'incompleto tirocinio della persona dell'arte, alla incapacità di costei ad essere delinquente corre gran tratto; e, come nel caso del fanciullo tredicenne — accennato dal Garofalo (1) — il quale, per inesatta nozione intorno alla portata del suo fucile ed all'effetto delle diverse cariche, lo esplose, carico di piccoli proiettili, a soverchia distanza contro un suo compagno, e nondimeno fu dal Garofalo dichiarato *vero assassino*, colpevole di *tentato o mancato* omicidio (2) per avere *rivelato* il suo proposito ed eseguito quanto aveva

(1) *Garofalo:* Criminologia, pag. 272.
(2) *Garofalo:* Il tentativo con mezzi inidonei, pag. 344 in nota.

stimato necessario per effettuarlo, chiarendosi temibile *per l'avvenire* — così, nell'ipotesi del chimico e del farmacista, dovrebbe raffigurarsi dalla nuova scuola un tentato veneficio, perchè, una seconda volta (acquistando costoro più esatta nozione della potenza dei veleni, e fatti accorti, per la precedente esperienza, dell'insufficienza della dose già propinata) non fallirebbero al certo nell'intento.

L'argomentazione contraria della scuola positiva arieggia quella del Cropp, il quale, distinguendo il caso di chi intendeva uccidere il proprio nemico per via di scongiuri, dall'altro di somministrazione di zucchero credendolo veleno, scriveva, a sostegno dell'impunità del primo: « quum re quidem nullum damnum nec intellectuale appareat », apparendo, anzi, l'agente « *levem et ineptum,* quum ad ludicrià et futilia descenderit » — ed a sostegno della punibilità del secondo: « quum sane timendum sit, ne, errore cognito, denuo facinus, quod spectabat, aggrediatur » (1): presumendo, per tal modo, l'imbecillità dell'individuo nella prima ipotesi, e la serietà di proposito nella seconda, legittimante l'irrogazione della pena per timore di mali futuri.

Ma non vi ha ragione di apprezzare con diversi criterî l'ignoranza del fanciullo e quella dell'adulto, e di usare a riguardo loro due pesi e due misure, in tema di conato inidoneo, una volta accertata la costanza nel reo intendimento e la credenza nell'idoneità dell'azione.

Non vi ha ragione di dire, col Garofalo, che la temibilità dei fanciulli, in tema di tentativo, non può determinarsi con norme analoghe a quelle fissate per i delinquenti adulti, e deve anzi abbandonarsi ogni norma generale per attenersi allo studio dei singoli casi, dichiarandone, perciò, punibile il tentativo con mezzi assolutamente inidonei « quando sia

---

(1) *Cropp:* Comm. de praec. circa conatum, pag. 45.

evidente la loro intelligenza ed il proposito criminoso » (1). Quest'opinione, la quale dimostra sempre più la tendenza dei positivisti a punire la nuda volontà, trova spiegazione e fondamento nell'altro assunto: che, chiunque può essere qualificato delinquente istintivo *inemendabile*, *qualunque sia la sua età*, e che anzi « i germi della pazzia morale e della delinquenza si trovano non per eccezione, ma *normalmente* nelle prime età dell'uomo... di modo che il fanciullo rappresenterebbe come un uomo privo di senso morale, quello che si dice dai psichiatri un folle morale, da noi un *delinquente nato*, e ne ha tutta l'irruenza della passione » (2); laonde « in molti delitti di *fanciulli* o di giovinetti l'antropologia può far riconoscere il delinquente *istintivo*, da cui la società, anzichè infliggergli un castigo, deve pensare a preservarsi per sempre » (3).

E però, seguendo i positivisti nelle loro argomentazioni, diremo: l'errore di calcolo, attribuibile, nel fanciullo, alla tenera età, può, nell'adulto, accagionarsi alla incompleta istruzione o poca esperienza intorno all'efficacia del mezzo speciale adoperato, e lasciare, per tal guisa, intatta in entrambi la serietà del proposito criminoso e la temibilità nell'avvenire, senza denotare *stoltezza* ed *imbecillità* per quest'ultimo, siccome pretenderebbe la nuova scuola.

Un'ultima osservazione: Perchè dire che l'errore su la qualità e su la quantità del mezzo adoperato non dev'essere, *in nessun caso*, cagione d'impunità, quando l'efficacia di esso può essere nota *solo* alle persone che vi hanno fatto *speciali studii tecnici*, escludendo tutti coloro i quali ne sono a conoscenza per altre vie, senz'essere forniti di diplomi o di lauree o senza aver fatto particolari studii in proposito?

---

(1) *Garofalo*: Il tentativo con mezzi inidonei, pag. 344.

(2) *Marro e Lombroso*: Sui germi della pazzia morale nei fanciulli (nel Giornale della R. Accad. di medic. di Torino, fasc. 7, Luglio 1883) — *Garofalo*: Criminologia, pag. 112.

(3) *Garofalo*: Criminologia, pag. 113.

Vi hanno individui, che, o per esperienza propria (per essere stati sottoposti ad un metodo di cura a base di veleni), o per averne sentito favellare, o per aver letto, per caso, o per diletto, qualche notizia intorno alla potenza di taluni veleni, o per altra ragione, ne conoscono a puntino la quantità occorrente per uccidere: or bene, per qual motivo non dovrebbero comprendersi nella regola assoluta e restrittiva sopra accennata, sotto pretesto che il mezzo non è tra quelli più comuni, la efficacia dei quali è generalmente nota?

Oltre a ciò, il principio che l'errore proveniente dalla persona dell'arte ne dirime l' imputabilità, è molto pericoloso, potendo avvenire che, non per imbecillità ed incapacità dell'agente siasi avverato l'errore intorno alla qualità o quantità del tossico, ma per puro sbaglio materiale, per semplice disavvertenza nel prendere una boccetta di veleno in luogo di un'altra, ovvero nel contarne le gocce o nel pesarlo, attesa la fretta, l'ansia e la trepidazione del momento: inavvertenza e sbaglio materiale, si noti, che rimarrebbero quasi sempre celati alla giustizia penale, e cui l'attentante non confesserebbe giammai, stimolato, naturalmente, dall'interesse proprio a lasciar credere che l'errore sia dipeso da ignoranza, attestatrice della sua innocuità.

27. Di qui si fa chiaro, come la proposta distinzione tra delinquenti adulti e fanciulli in materia di tentativo — aggiunta alle altre due, di individui forniti o meno di speciali studii tecnici intorno all'efficacia dei mezzi adoperati, e d'individui appartenenti piuttosto ad una che ad altra categoria di criminali — contribuisca non poco ad ingenerare pericoli e contraddizioni.

Del rimanente, il Garofalo stesso ha confessato che la teorica della scuola positiva « fa cadere la legislazione nel

vago, e pone i giudici in continuo imbarazzo » (1): confessione troppo preziosa, per ritenerci dispensati dall'insistere ulteriormente nell'esame critico delle novelle dottrine.

CAPO III.

Questioni comuni alle varie categorie di delinquenti (istintivi, abituali e fortuiti).

28. La nuova scuola non dà risoluzioni conformi a quelle della scuola classica relativamente a talune importanti questioni, e tace rispetto a talune altre.

La prima è la seguente: Vi ha, o no, tentativo punibile nel caso di mancanza giuridica del soggetto passivo della consumazione (inidoneità legale, delitto impedito da causa legale), e nel caso di mancanza materiale di esso (o, come altri dicono, dell'oggetto: inidoneità fisica, delitto impedito da causa fisica)?

Parecchi scrittori, convinti dell'inutilità della ricerca di qualsiasi norma certa e generale in proposito, si sono abbandonati ad una casistica minuziosa, non sempre concorde, e, naturalmente, incompleta. Il Cropp p. e. esemplificando in tema di adulterio, ha distinto (nel caso in cui taluno, volendo accostarsi alla donna altrui, siasi giaciuto per errore, con la propria) secondo che colei, con la quale voleva giacersi, non esisteva affatto *in rerum natura*, ovvero, *alii*

(1) *Garofalo:* Criminologia, pag. 277.

nupta et honesta, realmente viveva ; ammettendo solo in quest'ultimo caso il tentativo punibile (1). L'Olshausen, esemplificando in tema di furto, ha detto, che, se taluno è penetrato in luogo spoglio di qualsiasi cosa mobile, o nulla ha rinvenuto nella stanza da lui frugata, mentre oggetti mobili esistevano nelle stanze vicine, non è colpevole di tentativo di furto ; laddove sarebbe punibile, qualora ve ne fossero, non ostante la non asportazione di nessuna delle cose trovate, in vista della viltà del loro valore (2). Il Berner, a sua volta, ha sostenuto esservi tentato furto nel fatto di chi, recatosi al mercato per rubare nelle tasche altrui, abbia messo le mani in una tasca vuota ; e ciò perchè nel mercato ne esistono molte piene (3). L'Haus, il Meyer e l'Irühwald (4) hanno ritenuto reo di tentato omicidio colui il quale abbia esploso un colpo d'arma da fuoco nella camera ove supponeva trovarsi il proprio nemico, fortuitamente assente ; anzi il Meyer ha soggiunto cessare il tentativo nel solo caso in cui la vittima designata non dimorasse abitualmente in quella stanza, o almeno in quella casa.

Il Carrara, coerentemente alla massima : che, in proposito d'inidoneità, deve distinguersi il soggetto passivo dell'attentato dal soggetto passivo della consumazione, esaminando la questione della *mancanza giuridica* del soggetto passivo della consumazione, ha scritto : che, se taluno, introdottosi nella casa altrui atterrandone la porta, a causa dell'oscurità abbia preso la cosa propria, per accidente ivi ritrovatasi, in cambio di quella del padrone di casa, è reo di tentativo di furto, perchè l'atto (idoneo rispetto al soggetto passivo dell'attentato) dell'effrazione della porta costituisce

(1) *Cropp*: Op. cit., pag. 37.
(2) *Olshausen*: Commentar., § 43 n. 13.
(3) *Berner*: Trattato ecc., pag. 147 e seg.
(4) *Haus*: Principî di dir. pen. belgico, § 424 pag. 437 — *Meyer*: Lehrbuch, § 42 pag. 200 — *Irühwald*: Man. del Cod. pen. austr., § 8 pag. 45 e seg.

già per sè stesso conato di furto, malgrado il sopraggiungere di un *ostacolo giuridico* al nascimento del delitto (furto di cosa propria): fortuito il quale non cancella l'imputabilità degli atti precedenti, idonei e pericolosi (1).

Esaminando, poi, l'altra questione della *mancanza materiale* del soggetto passivo della consumazione, ha distinto, col Meyer, la mancanza *assoluta* dalla mancanza *accidentale*, ossia il caso in cui il soggetto passivo non abbia mai esistito là dove fu diretta l'azione, dal caso in cui vi abbia esistito altre volte e dovrebbe verisimilmente trovarvisi nell'ora del delitto: ed ha, perciò, ravvisato tentativo d'omicidio nel fatto dell'esplosione di una mina posta sotto il letto ove soleva coricarsi, in quell'ora, il proprio nemico (in vece alzato, o in altra camera, in quel mezzo, ritrovatosi); e ciò per l'esistenza di « una serie di atti malvagiamente diretti a fine nefasto e rigurgitanti di grave pericolo »; mentre, lasciandolo impunito « ne avverrebbe l'assurdo di migliorare la condizione del giudicabile per l'unica ragione ch'egli ha fatto un passo di più nella carriera del delitto! Può egli ammettersi che un reo si purghi della responsabilità che già lo grava, col perseverare nel truce divisamento, ed eseguire un atto ulteriore per violare la legge? » (2).

Però il Carrara si è affrettato a soggiungere, che la regola della mancanza del soggetto passivo della consumazione ha d'uopo tuttora di essere studiata, conchiudendo: « Io volentieri distinguerei il caso in cui il soggetto passivo non ha *mai* esistito nel luogo ove si dirigeva l'azione, dal

(1) *Carrara*: Lezioni sul grado ecc., pag. 55. Il *Benevolo* opina esservi tentativo di furto perchè l'agente fece atti diretti a violare il diritto di proprietà (Op. cit. § 63).

(2) *Carrara*: Lezioni sul grado ecc., pag. 58. In Francia la Cassazione ha deciso ricorrere gli estremi del tentativo nel fatto di chi scarica un'arma da fuoco attraverso la finestra di una stanza, prendendo di mira il letto, ove soleva abitualmente dormire il proprio nemico, sebbene questi non fosse ancora venuto a coricarsi (Decis. 12 Aprile 1877: *Dalloz*, Recueil 1878, I, 33).

caso in cui vi ha esistito, e doveva *verisimilmente* esistervi nell'ora della consumazione del delitto, ma per una accidentalità ne fu tolto o non vi fu ancora collocato. Così, se il casamento invaso dal ladro era abitualmente vuoto, il ladro gittossi a ventura, ed ai suoi atti *inconsiderati* potrà mancare il criterio del tentativo. Ma se colà esistevano per lo innanzi gli oggetti che designava rubare, e per cautela del padrone si erano altrove poco prima asportati, questa cautela o causalità che configura il fortuito impedimento della consumazione non può togliere al fatto la nozione del tentativo » (1).

Con tutta la reverenza dovuta al nostro grande maestro, ci permettiamo dissentire dalla sua opinione per le seguenti ragioni : Se il semplice introdursi nella dimora altrui, atterrandone la porta, costituisse tentativo di furto, malgrado l'involamento della cosa propria, per parità di ragione dovrebbe costituire tentativo di omicidio l'abbattere la stessa porta, malgrado l'immersione di uno stile nel petto di persona già mancata poco prima ai viventi, e tentativo di adulterio l'atterrare l'uscio medesimo, malgrado il giacimento con la propria moglie ; e ciò perchè l'atto dell'effrazione rappresenterebbe già un conato rispettivamente di furto, di omicidio e di adulterio, indipendentemente dalla circostanza fortuita della mancanza giuridica del soggetto passivo della consumazione, la quale non varrebbe a cancellare l'imputazione di quell'atto, già idoneo e pericoloso! E così un identico atto preparatorio (in realtà non pericoloso per il diritto speciale aggredito), susseguito da atti esecutivi legalmente inidonei, servirebbe di elemento fisico al conato di tre distinti maleficii, laddove l'ostacolo legale, col rendere impossibile fin dal principio la creazione dell'ente giuridico chiamato delitto, rende inconcepibile la nozione del tentativo di un reato che

(1) *Carrara*: Lezioni sul grado ecc., pag. 59.

non si può consumare. L'opinione del Carrara non pare, quindi, in armonia col fondamento dell'imputabilità del tentativo.

Nè giova il dire che, con l'involare la cosa propria o col fare esplodere la mina nella stanza vuota, l'agente ha fatto *un passo di più,* un passo avanti nella via del delitto: in realtà ne ha fatto uno *indietro*, distruggendo l'opera incominciata; e qualora si reprimessero codesti pretesi tentativi, i loro autori (conscii che sarebbero non per tanto egualmente puniti) userebbero sempre maggiore astuzia e diligenza per riuscire ad ogni costo nell'intento, e sarebbero perciò più rari i casi di delitti frustrati, a tutto detrimento della pubblica e della privata tranquillità. —

Nell'altra ipotesi di mancanza materiale del soggetto passivo della consumazione, la distinzione tra mancanza assoluta ed accidentale non approda, sia perchè la mancanza accidentale si converte, di fatto, in ogni singolo caso concreto, in mancanza assoluta, e ne corre le regole — sia perchè il non essere esistito mai il soggetto passivo nel luogo invaso dall'agente, o l'esservi altra volta esistito e poi rimosso, fors'anche col proponimento di non più collocarvelo, torna indifferente rispetto all'intenzione dell'individuo, il quale opera pur sempre nella ferma convinzione di trovarvelo, e, se non lo rinviene, nulla opera contro il diritto, solo rimanendo un pericolo appreso — sia perchè la mancanza materiale rende obbiettivamente vano, sin dal suo nascere, il tentativo, escludendo ogni carattere di pericolo nell'azione — e sia perchè, distinguendo il caso del ladro gittatosi a ventura in un appartamento vuoto, dal caso del ladro invasore di una casa ove un tempo si trovavano gli oggetti da lui desiderati, bisognerebbe distinguere altresì secondo che l'agente *sapeva positivamente* che i detti oggetti vi esistevano, ovvero ne era incerto ma *sperava indeterminatamente* trovarvene, ed ammettere la prova di tale scienza in giudizio; laddove, di fronte alla comune volontà di rubare, sperano entrambi e fermamente desiderano riuscire nell'intento, ed agiscono nella

previsione, anzi nella *ragionevole credenza* di rinvenire *res furtivae* (dolo determinato).

Onde il Mittermaier acutamente osservava, che, ammettendo l'opinione contraria, bisognerebbe conchiudere: « All'essenza di fatto dell'omicidio appartiene un uomo vivente, ma all'essenza di fatto del tentativo di omicidio appartiene anche un corpo privo di vita: e così nella essenza di fatto dell'adulterio fa d'uopo contare anche la propria moglie.... Chiunque piglia la cosa propria, ha la presunzione a pro' suo se dice: Io posso prendere la cosa mia. Se un tale individuo non vuol confessare, sparisce ogni possibilità di convincerlo; e se uno si vuol fondare solamente sulla confessione, si pone in contraddizione coi principî della prova dell'essenza di fatto per mezzo della confessione (1).

Il Benevolo, cimentatosi anch'egli alla soluzione della questione, ha fermato il principio che la mancanza *imprevedibile* del soggetto passivo della consumazione, quand'anche precedente qualsiasi atto esecutivo, non esclude il conato, il quale sparisce nel solo caso di mancanza *prevedibile*, perchè, nella prima ipotesi il sentimento della pubblica sicurezza rimane scosso da atti, cui si ha ragion di temere produttivi d'infrazione del diritto, laddove, nella seconda ipotesi, gli atti non tendono effettivamente a violarlo, nè palesano per sè stessi l'intenzione criminosa, malgrado il proposito dell'agente di aggredire il diritto altrui (2).

Ma si noti: essendo l'idea di prevedibilità essenzialmente relativa, è necessario stabilire a chi riferirla. — Alla società no, di certo: 1) perchè è allo stato dell'intelletto e

(1) *Mittermaier*: Contribuz. alla dottrina del conato a delinquere (negli Scritti germ. del Mori, pag. 248 e seg.).

(2) *Benevolo*: Op. cit. §§ 59, 61 e 63. Egli concorda, su questo punto, con la scuola positiva di diritto penale, la quale esclude il conato quando la circostanza indipendente dalla volontà dell'agente, impeditrice dell'evento, « non poteva essere *da lui facilmente* preveduta ».

della volontà del delinquente che devesi attendere nel decretare la punibilità o meno delle sue azioni, non già a quello dei consociati, per vedere se il fortuito (mancanza del soggetto passivo della consumazione) poteva essere più o meno facilmente previsto *dagli altri uomini*, anzichè dall'agente ; a meno che non si voglia trasportare la previsione della mancanza del soggetto passivo predetto dai terzi (che, per avventura, l'avessero) nell'agente, cui sorrise in vece la positiva previsione contraria, e tramutare così, falsandolo, lo stato dell'intenzione e della volontà di quest'ultimo (dolo determinato) — 2) e perchè l'allarme sociale si desta soltanto quando si ha sentore di un delitto consumato, ovvero dell'invasione della cerchia del diritto altrui : la qual cosa non avviene nel caso di mancanza materiale, vuoi della persona, vuoi della cosa, su cui cader doveva l'atto consumativo del maleficio, essendo impossibile l'invasione e la consumazione predetta.

Non è riferibile all'agente : 1) perchè non è dato supplire alla mancanza dell'elemento fisico del tentativo, con la presenza dell'elemento intenzionale — 2) e perchè, nel tentativo, l'individuo agisce *sempre* nella previsione di raggiungere lo scopo desiderato, e perciò nella *previsione dell'esistenza* materiale e legale di un idoneo soggetto passivo di consumazione. L'esame, se la circostanza frastornatrice dell'evento poteva essere *più o meno facilmente preveduta dall'agente*, è estraneo ed impertinente alla materia del tentativo, ove si presume la non previsione del fortuito da parte di costui ; nè, per effetto di postuma indagine, dalla quale potesse per avventura trasparire la facile prevedibilità del fortuito nell'istante del preteso tentativo, è lecito tramutare il fatto positivo contrario della non previsione del medesimo da parte dell'agente (non previsione mantenutasi costante durante tutto l'*iter criminis)*, e sovvertire lo stato intenzionale e volitivo di costui.

« Di più, prevedere è lavoro mentale eccitato dalla rappresentazione di una possibilità più o meno suscettiva di

realizzarsi; e seguendo l'adoperarsi di chi tenta uno scopo (o meglio un delitto), non si può mai escludere *a priori* il sorgere di un ostacolo di qualsivoglia natura che ne impedisca il conseguimento. Così, se noi potessimo seguire il delinquente mentre s'incammina nell'*iter criminis*, pure vedendo che i suoi atti sono idonei e che idoneo è l'oggetto che egli vuole raggiungere, potremmo sempre ammettere la possibilità di un accidente in grazia del quale il soggetto passivo (della consumazione) si trovasse in luogo diverso dal solito. La quale osservazione prova che la teoria del Benevolo, presa alla lettera, lascia impunito ogni delitto frustrato per mancanza della cosa o persona cui l'agente dirigeva i suoi atti » (1).

Il conato, dunque, cessa, a nostro avviso, tanto nel caso di mancanza giuridica del soggetto passivo della consumazione (concetto inidoneo), come ad es. nella soffocazione di un bambino nato morto, d'inferocimento contro un cadavere *animo necandi*, d'inghiottimento di sostanze abortive da parte della donna, che si crede erroneamente incinta, di contrettazione della cosa propria e di congiungimento con la propria consorte — quanto nel caso di mancanza materiale. Ed oggi la maggior parte degli scrittori è d'accordo nell'escludere, in tali casi, il tentativo criminoso (2).

A conclusione opposta giungono, in vece, i sociologi criminalisti con la teorica della niuna importanza dell'errore del colpevole rispetto alla punibilità del conato, e della sufficienza dell'univocità dell'azione e della perseveranza nel

---

(1) *Garbarini:* Op. cit. pag. 125 e seg.

(2) *Le Seyllier:* Op. cit. I, n. 18 — *Trebutien:* Op. cit. I, p. 93 — *Rauter:* Op. cit. n. 94 e 97 — *Niccolini:* Questioni di diritto, n. 617 — *Rossi:* Op. cit. Liv. II, pag. 30 — *Puccioni:* Saggio, pag. 76, e Comment. Vol. II, pag. 13 e 64 — *Buccellati:* Op. cit. n. 404 — *Lucchini:* nella Riv. pen. Vol. XIV, XV e XVI — *Impallomeni:* (con molte restrizioni) Op. cit. I, Art. 61 — *Oliva:* Op. cit. p. 27.

malvagio disegno, accompagnate da atti creduti idonei dall'agente, ma non susseguiti dall'evento per circostanze non facilmente prevedibili. — Il Fioretti p. e. qualifica tentato omicidio le lesioni prodotte, con intenzione di uccidere, ad un cadavere, e lo scoppio di una mina nella stanza di persona defunta o lontana: ed è naturale, dal momento che si contenta della manifestata capacità criminosa dell'agente (1).

Per le stesse ragioni, la nuova scuola deve ritenere colpevole di tentato aborto la donna, la quale, credendosi per la prima volta erroneamente incinta, ingoi sostanze abortive (2), stante la perseverante volontà rea, rivelatrice di temibilità avvenire. Come, in fatti, si dichiara reo di tentato omicidio il fanciullo che spara a soverchia distanza, sol perchè rivelatosi futuro delinquente, e pericoloso al cessare della sua ignoranza in grazia di una più esatta cognizione dell'effetto delle diverse cariche, così deve stimarsi temibile per l'avvenire la donna, dopo l'acquisto di più esatte nozioni intorno ai sintomi della gravidanza.

29. La nuova scuola passa sotto silenzio la questione, se nelle mere *omissioni* possa ritrovarsi tentativo punibile.

Taluni lo hanno negato (Schuermans: Précis de droit

---

(1) *Fioretti:* Op. cit., pag. 475 e seg.

(2) In Francia, la Cassazione ha escluso, nella fattispecie, il conato perchè « là ou se rencontre une impossibilité matérielle à la perpétration du crime même, se rencontre une impossibilité de même nature, pour l'existence en fait et la qualification en droit, de la tentative ». (Decis. 6 Gennaio 1859: Dalloz, Recueil 1859, III, 336 — Cfr. 1871, III, 124).

In Inghilterra, per contrario (non ritenendosi necessaria la ricerca se la donna sia gravida, e soppressa nella legge la parola *incinta* in sèguito all'osservazione del Lyndhurst, che l'intenzione rimane invariata, anche se non esiste la gravidanza) fu condannato per complicità in tentato aborto un farmacista, il quale aveva venduto sostanze abortive ad una donna, che aveva simulato in sua presenza di essere gravida per suggestione di un agente di polizia. (L. 1 Vict. 85 — Russel: Treatise on crimes t. I, p. 553).

pénal p. 22); però, come bene osserva il Carrara « se nella omissione o mera inazione si configura il delitto doloso, ove sia la omissione volontariamente diretta al pravo fine e l'ottenga, non veggo perchè debba assolutamente negarvisi la possibilità del tentativo, quantunque possa rimanere più difficile la pratica constatazione della univocità. Una madre illegittimamente fecondata che lascia in terra la creatura senza legarle il funicolo, nè darle alimento, e persevera in cotesto abbandono tanto che la creatura muore, non sarà essa rea d'infanticidio doloso? E se dopo parecchie ore di quel malizioso abbandono in cui perseverava la madre, venne la creatura utilmente soccorsa, non vi sarà egli tentativo? » (1).

In queste idee crediamo possa convenire anche la nuova scuola.

30. Si discute pure, se possano formare materia di tentativo i fatti colposi.

Il Winssinger ed il Lelièvre (2) stanno per l'affermativa, per la ragione che il pubblico può credere che gli atti imprudenti, quantunque innocui, siano stati eseguiti con animo di nuocere (sospetto di dolo), e quindi dubitare della propria sicurezza.

Il Buccellati, conformemente alle sue premesse, ammette la nozione del tentativo involontario in ordine alle leggi di polizia: ravvisa, quindi, tentativo colposo di omicidio per contravvenzione, reclamante un provvedimento disciplinare, nel fatto di un medico ignorante o trascurato, il quale, con

---

(1) *Carrara:* Programma, § 358 in nota.

(2) *Winssinger:* De dolo et culpa, Cap. 4 § 4 — *Lelièvre:* De poenarum adaequatione pag. 15 e seg.; De conatu delinquendi, 1828.

una ricetta sbagliata sia in procinto di avvelenare un ammalato, che, per buona ventura, assaggia, ma non beve la fatale medicina (1).

Queste conclusioni, però, sono state ripudiate tanto dalla grande maggioranza dei seguaci della scuola classica, quanto dai fautori della scuola positiva di diritto penale, stante il difetto del dolo determinato; e sebbene l' Hepp siasi studiato, di recente, di risuscitare la nozione del tentativo colposo (2), i più dotti giuristi l'hanno oramai definitivamente respinta (3).

31. Discordano, in vece, le due scuole in quanto si attiene alla quantità del tentativo.

La scuola classica distingue in esso la quantità fisica dalla morale. La prima cresce o decresce in ragione diretta della prossimità degli atti compiuti all'ultimo atto consumativo, ossia in ragione inversa del numero degli atti che rimangono a farsi per giungere ad esaurire la consumazione (onde la distinzione tra *conato prossimo e remoto*) (4) — la

---

(1) *Buccellati:* Op. cit. p. 402.

(2) *Hepp:* Arch. di dir. crim., Vol. XVII, p. 35.

(3) *Berner*: Trattato di dir. pen. § 102 — *Mittermaier:* negli Scritti germ. Vol. I, p. 236, § 8 — *Rosshirt:* Sviluppo dei principii del dir. pen., pag. 330 e seg. — *Zachariae:* La dottrina del tentativo, Vol. I, n. 23 — *Carrara*: Programma, § 366 — *Pessina:* Op. cit. — *Niccolini:* Del tentativo, 1831.

(4) Il *Carrara* chiama tentativo *remoto* tutti gli atti di mera esecuzione subiettiva — tentativo *prossimo* quelli di esecuzione obiettiva, dicendo che, fino a quando gli atti di esecuzione si svolgono sul soggetto attivo secondario o sul soggetto passivo del conato, non si ha se non un tentativo remoto, il quale diventa prossimo quando l'azione comincia ad esercitarsi direttamente sul soggetto passivo della consumazione.

Secondo il *Mittermaier*, il tentativo prossimo consiste nell'intraprendimento dell'atto principale, per cui può essere immediatamente consumato il delitto preso di mira, senza che per altro abbia prodotto l'effetto dalla legge richiesto, o senza che sia siata terminata l'azione come vuole la legge per

seconda aumenta o diminuisce secondo la natura delle cause (volontarie o casuali) impedienti la consumazione, cioè secondo che la loro genesi proviene da un cambiamento tutto ultroneo di volontà dell'agente (desistenza spontanea, tentativo abbandonato), ovvero da circostanze impreviste, le quali abbiano sospeso l' esecuzione del reato contro la volontà di lui (tentativo impedito). — L'imputazione si degrada in ragion diretta della parte presa dalla volontà dell'agente nell'impedimento alla perfezione del delitto, tanto da cessare ogni imputabilità allorquando la desistenza sia attribuibile esclusivamente al suo autore (1).

Questa dottrina, a parer nostro incontrovertibile (sia perchè il pericolo corso dal diritto ed il danno mediato del maleficio crescono con l'approssimarsi alla consumazione, sia perchè si rivela sempre più seria e perseverante la malvagia intenzione e la temibilità dell'agente), non è accolta dai proseliti della nuova scuola di diritto penale *per*

---

dirsi consumato il delitto. Il tentativo remoto, in vece, consiste nell'intraprendimento di un'azione, precedente immediatamente l'atto principale, la quale, pur apparendo come inizio dell'effettiva esecuzione di un reato, sia per sè incapace di consumarlo (Della differenza ecc., p. 280 e seg.).

Il *Pessina* colloca nel tentativo prossimo gli atti sufficienti a dimostrare l'intendimento di un dato reato, rimandando al tentativo remoto quelli manifestanti l'intenzione di delinquere in genere: il quale criterio appella più verisimilmente alla distinzione tra atti esecutivi e preparatorii.

Il *Benevolo*, fondendo il criterio del Pessina con quello del Carrara, sostiene esservi tentativo remoto quando gli atti palesano di per sè l'intenzione di delinquere in genere o non cadono ancora sul soggetto passivo della consumazione — prossimo, quando svelano per sè stessi l'intenzione di commettere un determinato delitto e nel medesimo tempo cadono di già sul soggetto passivo del maleficio.

In proposito dice bene il Mittermaier, che il legislatore deve astenersi dal determinare i gradi del tentativo (da alcuni distinto in remotissimo, remoto e prossimo), perchè « una legislazione, che stima i suoi giudici, non vuole, incalzando con ansiosa diffidenza il loro potere, sempre antipensare, e loro proibire l'uso dell' intelletto » (Della differenza ecc. p. 274), e ripete lo *Jenull*: « La graduazione rimane infeconda per una legislazione, che non voglia degenerare in casistica » (Dir. crim. austriaco secondo i suoi fondamenti, I, pag. 263).

(1) *Carrara*: Programma, § 382 e seg.

quanto riguarda la quantità fisica del tentativo, nè potrebbe esserlo senza contraddizione.

Di vero, data la massima: che, nel conato, si punisce la manifestazione di una volontà rea probabilmente perseverante sino alla fine, qualunque sia il punto cui è giunta l'effettuazione di essa, ossia la maggiore o minore prossimità all'ultimo stadio di esecuzione, diventa inconcepibile la dottrina della quantità fisica del tentativo e la distinzione tra tentativo prossimo e remoto; o, se non altro, rimane di ogni valore pratico, rispetto alla quantità della pena, destituita.

Perciò il Garofalo non ne fa motto, imperocchè, dovunque siasi *l'iter criminis* arrestato, siano gli atti compiuti preparatorî o esecutivi, basta la presunta perseveranza nella nefasta intenzione per aversi un pericolo, secondo la nuova scuola, *identico* a quello del reato consumato, e quindi l'applicazione di un'identica sanzione penale (1).

Rispetto alla quantità morale, cioè alla degradazione del tentativo desunta dalla diversità delle cause impeditrici della consumazione, la nuova scuola conviene, che, allorquando la causa impeditiva è volontaria (resipiscenza, desistenza spontanea), il danno mediato sparisce, e l'agente non è imputabile. Però non tien conto, nella misura della pena, della parte presa, nell'impedimento del maleficio, dalla volontà dell'agente, allorquando a tale impedimento abbiano concorso anche cause casuali: e ciò perchè la manifestazione della volontà pericolosa, cui si vuole unicamente reprimere, è insuscettibile di qualsivoglia graduazione o restrizione; laddove ne par giusto degradare l'imputazione del tentativo proporzionalmente alla parte presa, nell'interrompimento

(1) Il *Garofalo* scrive: « È impossibile non accettare alcune delle distinzioni dei giuristi classici. *L'iter criminis* può essere più o meno lungo, gli atti necessarii all'effetto più o meno numerosi ecc. » (Criminologia, p. 273): però si limita a farne applicazione all'unico fine di distinguere il delitto tentato dal mancato.

dell'esecuzione, dalla resipiscenza dell'agente, in confronto alle altre cause concorrenti ad impedire la perfezione del maleficio.

32. Rispetto alla questione, se il pentimento tempestivo dell'attentante esima da pena, la nuova scuola, d'accordo con la maggioranza dei classici criminalisti, opina cessare ogni diritto sociale di repressione quando vi fu desistenza spontanea prima dell'ultimo atto necessario alla consumazione: però, per una ragione diversa da quelle addotte da questi ultimi, cioè, perchè non pericolosa la volontà dell'attentante o, diciamo meglio, tentennante e non persistente sino alla fine.

Parecchi scrittori, fra cui Carmignani, Bauer, Grollman, Tittmann, Wintgens, Berner, Geyer, Buri ed Hälschner (1), sostengono, per contrario, che la desistenza predetta non toglie la punibilità del tentativo: 1) perchè chi desiste spontaneamente mostra bensì non aver più intenzione di commettere il reato, ma non annulla la propria intenzione, nè cancella gli atti onde si era accinto a violare il diritto altrui, destando l'allarme sociale (*factum infectum fieri nequit*) — 2) e perchè è conveniente punire, malgrado il pentimento, allo scopo di trattenere più facilmente i malvagi dal fare i primi passi, mediante la contezza che, a pena incominciata l'esecuzione, la desistenza volontaria non gioverà a salvarli. *Il n'y*

---

(1) L'*Hälschner*, dopo aver sostenuto (Das System des Preussischen Strafrechts) che la pena non è più meritata quando l'autore, rinunciando all'intenzione, è venuto cancellandone l'elemento col cambiar parere, ha scritto (Das gemeine Deutsche Strafrecht pag. 360): « La desistenza volontaria dell'agente dalla prosecuzione della sua attività e dalla consumazione dell'opera delittuosa, non può far sì che l'avvenuto diventi non avvenuto ; al fatto non si può togliere l'essenza di azione, se già, per via di questa, fu espressa l'intenzione criminosa, e la volontà giunse (sebbene incompletamente) ad effettuazione ».

a que le premier pas qui coûte, osserva il Geyer, considerando che l'irresoluzione ordinariamente precede l'azione, in luogo di spuntare nel corso di essa : chi esegue atti criminosi ha già lottato con la passione rea e ne è rimasto vinto, e se gli mancò la forza di resistervi prima di operare, gli mancherà ancora più facilmente durante l'azione, perchè, di solito, chi incomincia è deciso di finire (1). — Quindi il Geyer conchiude, che la desistenza dal tentativo può essere tutt' al più circostanza attenuante, giammai causa di discriminazione.

Anche il Benevolo vorrebbe soltanto scemare la pena, attenuandola più o meno secondo che la desistenza ha luogo durante il tentativo remoto, o durante il tentativo prossimo.

Ma si osservi : la desistenza spontanea non soltanto rivela non seria nè costante la malvagia volontà, ma toglie ogni efficacia all'azione compiuta ; è l'individuo stesso, che, col fatto proprio, fa rinascere la sicurezza e l'opinione della sicurezza nei consociati. « Quando l'attentante si pentì a mezzo il corso delle sue operazioni e prima di aver recato alcun danno e di aver violato alcun diritto, costui, se non potè distruggere il fatto, distrusse però ciò che nel fatto importava alla società di impedire, cioè il suo raggiungere la violazione del diritto. Nel conato la ragion di punire sta nel pericolo ; ma la società non può apprender pericolo dagli attentanti che a mezzo corso si pentono » (2).

Nè giova il dire che la pena, applicata non ostante il pentimento, serve a trattenere il malvagio dal fare il primo passo, poichè « d'ordinario non è la promessa della impunità in caso di desistenza, quella che alletta il delinquente a dare il primo passo, ma la speranza che codesto primo passo rimanga segreto, o almeno rimanga segreto il pensiero

(1) *Geyer:* Op. cit. pag. 14.
(2) *Carrara:* Lezioni sul grado ecc., pag. 79.

malvagio che lo informava, il che basta per eliminare la responsabilità penale » (1); e se, di solito, chi non ha avuto la forza di resistere prima di cominciare ad eseguire, non l'acquista nel corso dell'azione, ciò non toglie che *qualche volta* codesta potenza reattiva sorga durante l'*iter criminis* a frastornare l'evento: e di questo fenomeno (sia pure raro ed eccezionale) bisogna tener conto a favore del colpevole a cagione, a punto, della sua eccezionalità, la quale cancella la temibilità nel caso concreto, se è vero che fra gli indizî di temibilità si annoverano la perseveranza nel reo volere (mancante nella specie), il niun timore della pena, e il difetto di repugnanza all'azione criminosa (repugnanza nascente nel corso di questa, sia pure per effetto del timore della pena).

D'altronde, se il Geyer e gli altri propugnano l'impunità del tentativo con mezzi anche relativamente inidonei, dovrebbero propugnarla anche nel caso di desistenza, la quale rende vani ed innocui tutti gli atti precedenti. Il veleno gettato nella bevanda è efficace a condizione che il colpevole persista nel suo infame proposito, lasciando ingoiare il tossico alla vittima designata; ma se, mentre questa sta per accostare alle labbra la letale bevanda, l'attentante le afferra la mano ed a viva forza le impedisce di bere, tutte le azioni anteriori perdono ad un tratto ogni virtù ed ogni criminosa efficacia: il veleno, per così dire, non è più veleno. « Non può la società temer di un uomo, rispetto al quale si ha bensì la prova ch'ei non rifugge da un truce disegno, ed è anzi capace di concepirlo e di porlo in atto; ma si sa ancora che codesta volontà malvagia vacilla quando si avvicina il momento della consumazione del reato, cede ed è vinta da una nuova risoluzione, dovuta, sia alla paura della pena, sia al ridestarsi di un sentimento di onore e di virtù. Se anche un milione,

(1) *Oliva:* Op. cit., pag. 160.

un infinito numero di fiate tali due volontà successivamente si manifestino, sì che la seconda renda la prima irrita e vana perchè

Contro miglior voler, voler mal pugna,

non si avrà che un'apparente minaccia alla sicurezza; la perdita o la lesione del diritto non si verificherà mai » (1).

33. Sopra un punto dissentono i sociologi-criminalisti dalla scuola classica di diritto penale: circa l'applicazione della regola *in dubio pro reo* al tema speciale del tentativo.

In proposito la scuola classica dice: Se un individuo è sorpreso nell'atto di commettere un tentativo criminoso, ma è dubbio a quale fra più delitti tendesse, si presume avesse di mira il reato minore (2). Infrequenti sono i casi in cui ricorre l'applicazione di questa massima, atteso che mancando, di solito, l'univocità ed il dolo determinato, i tentativo sparisce.

La nuova scuola, per l'opposto, reputa ragionevole l'accennata presunzione « *come rara eccezione*, nei casi di *certi* delinquenti *occasionali*, ma ingenua e pericolosa, come regola generale, nei casi assai più frequenti di delinquenti abituali e recidivi, che realmente sanno nascondere i loro progetti criminosi » (3).

Confessiamo che il sanzionare in un codice penale, come massima assoluta, la presunzione della tendenza al reato

---

(1) *Oliva:* Op. cit., pag. 162.

(2) *Carrara:* Programma § 465. La stessa regola vale per gli atti commessi per istantaneo impeto di affetti (ivi § 369).

(3) *Ferri:* I nuovi orizzonti, pag. 430, Sociologia crim., pag. 598. — Il *Garofalo* scrive: « Nei casi realmente dubbii, il giudice, secondo l'antica massima di equità, dovrà attenersi alla ipotesi meno dura pel delinquente » (Criminologia, pag. 299).

minore o all'effetto meno pregiudizievole, sarebbe cosa superflua e di niun valore pratico, non essendo supponibile nel giudice il capriccio di attribuire alla volontà del giudicabile una direzione non pienamente accertata; laonde un dettame espresso potrebbe aver quasi l'apparenza di menomare in qualche modo la libertà di apprezzamento del giudice, ovvero di mostrare diffidenza verso di lui. Egli può benissimo ritenere, avuto riguardo alle circostanze, che gli atti compiuti siano rivolti al reato più conforme all'indole criminosa dell'agente, quantunque più grave. Avvisò, quindi, rettamente il nostro legislatore non uniformandosi ai progetti i quali, allargando il concetto dell'art. 44 del codice toscano, proponevano una espressa statuizione in proposito.

CAPO IV.

Pena del tentativo.

34. La nuova scuola, fedele sempre ai noti principî: che il pericolo vero, nel tentativo, non è quello già corso, di ogni importanza destituito, bensì il periglio futuro, presagito per riflesso del passato — e che le sanzioni penali mirar debbono alla temibilità avvenire dell'individuo — ha, per bocca del Garofalo e del Puglia, così conchiuso: O, durante l'*iter criminis*, la desistenza volontaria non è molto probabile, ed in tal caso il pericolo è *identico* a quello del reato perfetto, ed esiste come se il delitto fosse stato consumato — ovvero c'è probabilità di volontaria desistenza prima dell'ultimo atto necessario alla consumazione, ed allora il pericolo è *dubbio*. Nel primo caso, il tentativo deve punirsi al pari del

delitto consumato; nel secondo, manca il diritto sociale di repressione; laonde il tentativo *o non è punibile affatto*, o deve punirsi *come il reato consumato*, con l'*identico mezzo repressivo* (1).

Ragionando, poi, intorno al delitto mancato (2), la nuova

---

(1) *Garofalo*: Criminologia, pag. 273, 277 e seg. — *Puglia*: Il reato di omicidio, Milano 1881.

La dottrina che agguaglia nella pena il delitto mancato al consumato, adottata da alcuni codici, e vagheggiata dal Romagnosi, dallo Chauveau, dal Bernard e da altri giureconsulti, ha avuto sempre molti oppositori in Italia, fra cui Gabriello, Riminaldo, Silvano, Grammatico, Ciazzi, Carrara, Pessina, Brusa (il quale chiama un'*eresia* la parificazione del tentato al consumato — Riv. pen. Vol. XIV 1881 pag. 215) e molti altri.

Merita speciale ricordo la legislazione inglese, la quale *soltanto in taluni reati* parifica nella pena il tentativo al delitto consumato, come nel caso di chi si limita a lasciare del veleno a disposizione di una persona, con l'intenzione che lo trangugi (L. 1, Vict. c. 85, s. 2), e di chi prepara del combustibile per appiccare il fuoco alla casa altrui (*Laya*: Droit anglais Vol. II pagina 316).

(2) Si discute tra i criminalisti su la ragionevolezza o meno della distinzione tra il tentativo e il delitto mancato (beendigter und unbeendigter Versuch), abbandonata da parecchi Codici.

Il *Buccellati* pensa non esservi alcuna reale differenza tra loro, perchè « praticamente, quando manchi il successo, non si può mai dire in modo assoluto che siano compiuti tutti gli atti di esecuzione dall'agente voluti. Questa è una mera ipotesi o supposizione, e sopra un'ipotesi non si può fondare una figura di reato » (Op. cit. n. 406).

Il *Geyer* opina che tale distinzione, mirando allo scopo di stabilire una diversa penalità per le due diverse specie di reato, pecchi contro giustizia, perchè, se in generale la pena deve aumentare col progressivo avvicinarsi del tentativo alla consumazione, può tuttavia accadere che in un tentativo si riscontri non soltanto volontà più intensa e più abbietta, ma eziandio un modo di agire più estenso e più pericoloso che in un delitto mancato. Così, egli suppone che Tizio, spianando il fucile contro Caio con intenzione omicida, faccia fuoco senza cogliere nel segno (reato *mancato*). Suppone pure, che, per meglio riuscire nell'intento, dopo essersi armato di fucile a due canne, fallito il primo colpo, stia per dare lo scatto al secondo, allorquando gente sopraggiunta lo disarma: nel qual caso afferma trattarsi di semplice *tentativo*, punito più mitemente, quantunque l'attività rea sia stata maggiore. Ma in entrambi i casi il delitto è *mancato*.

Il Geyer cita pure l'esempio di chi propina altrui una dose di tossico sufficiente ad uccidere, senza riuscire, però, nell'intento, atteso il pronto soccorso del medico; e, paragonandolo con l'esempio di chi, avendo deliberato la strage con graduale somministrazione di veleno, è scoperto al momento

scuola ha sentenziato: Il delitto mancato importa evidentemente un pericolo sociale *identico* a quello del reato perfetto, poichè *nessun dubbio può sorgere intorno alla perseveranza del proposito criminoso*, essendo stati gli atti di esecuzione intieramente compiuti, e però « il reato consumato ed il mancato debbono essere puniti *in modo identico* » (1).

Il *Ferri*, il quale erasi riservato di esporre le sue idee su la questione della punibilità del tentativo (Arch. di psich. 1881, Vol. II fasc. III pag. 399), sciogliendo tale riserva, nella « Sociologia criminale » (pag. 575 e seg.) ha scritto: « Nel reato *mancato* il reo ha fatto tutto ciò che era necessario e che per lui si poteva, in quel caso, per giungere alla consumazione del delitto; ora, se la ragione della difesa

---

di porgere l'ultima dose, proprio quella che, in azione congiunta alle dosi precedenti, avrebbe cagionato la morte, esclama: Sarà giusto punire il primo più gravemente? (Op. cit. pag. 16).

E perchè no? Nella prima fattispecie l'agente ha eseguito tutti gli atti necessarii alla consumazione del veneficio; nella seconda, i mezzi adoperati non sono ancora nè assolutamente, nè relativamente sufficienti. Nella prima fattispecie il veneficio è mancato, nell'altra tentato, e giustizia vuole che a maggior pericolo si commisuri pena maggiore. Se il modo di esecuzione prescelto dal colpevole fa supporre, talvolta, più feroce intenzione e premeditazione più lunga, pure la minor durata dell'azione può coesistere con la più completa assenza d'istinti pietosi, rivelatrice di una maggior temibilità del delinquente, sopra tutto quando vi si accoppino atti di lor natura più pericolosi.

L'*Oliva* propone la soppressione della distinzione tra reato tentato e mancato, prescrivendo un aumento di pena via via che le azioni intermedie si avvicinano all'azione finale (Op. cit. pag. 169).

Il *Carrara* ha lodato il legislatore germanico per aver abbandonato la configurazione del delitto mancato « la quale, se è vera nel punto di vista scientifico, è così difficile a capirsi dai non giuristi, che produce nella pratica insuperabili difficoltà ed ingiustizie » (Nota al § 43 del cod. pen. dell'Imp. Germ., tradotto dal Gualtierotti — Morelli e dal Feroci).

La scuola positiva di diritto penale, mentre mantiene tale distinzione (e fa bene, perchè le verità scientifiche non debbono ripudiarsi sol perchè i profani non riescono a comprenderle ed a rettamente applicarle), la rende praticamente inutile ossia improduttiva di giuridici effetti, come è detto sopra al n. 14.

(1) *Garofalo*: Criminologia, pag. 273 e 275.

sociale ha sua radice nel fatto esterno dell'uomo, perchè con questo solo viene aggredito l'ordine giuridico, come solo col delirio si manifesta la pazzia anche nel pazzo ereditario; la difesa sociale ha però la sua ragione nella temibilità del delinquente, ed è quindi evidente che, nel reato mancato per mero accidente, questa *temibilità* è dimostrata col fatto *pari a quella che è rivelata dal delitto giunto alla sua consumazione*. Ed il Carelli aggiungeva, anzi, in via generale, che il *tentativo* si potrebbe dire il *vero reato perfetto* (!), essendo *affatto accessorio ed accidentale*, dal punto di vista della temibilità ed adattabilità del delinquente, che il reato giunga oppur no alla sua consumazione. Ed io soggiungo che come la scuola classica, di fronte all'ordine giuridico astratto, ha ritenuto che l'essersi il reato esaurito (quando, cioè il delinquente ha raggiunto anche lo scopo materiale che si proponeva, per esempio la depredazione o l'espilata eredità nell'omicidio, il lucro nel falso ecc.) è circostanza accessoria di fronte all'essersi il reato consumato (cioè avvenuta la violazione del diritto, pubblico o privato, che ne forma l'oggettività giuridica); così la scuola positiva potrebbe ritenere, di fronte alla difesa sociale in concreto, che anche l'*essersi il reato consumato giuridicamente* è *circostanza accessoria*, dacchè il fatto esterno necessario per determinare la reazione sociale difensiva basta ad indicare la *potenza offensiva* dell'agente col solo tentativo di reato, dipendendo spesso da un accidente aleatorio il giungere di questo così alla sua consumazione giuridica, come al suo esaurimento materiale.

È anche un fatto però, che spesso la mancata consumazione del reato, dipendendo da un'*azione meno energica e maliziosa del delinquente*, può essere per sè sola un *indizio di minore temibilità e potenza offensiva*. E siccome poi nella vita quotidiana e nel sentimento comune l'*impressione è sempre molto minore* quando il danno materiale non è consumato; così nella teoria del tentativo la scuola positiva si attiene a quella prima regola generale della *parificazione fra reato mancato e consumato* ecc. ».

Mentre il Ferri manterrebbe adunque (a quanto pare) la parificazione, rispetto alla pena, solamente fra il delitto mancato ed il consumato, per contrario gli altri seguaci della scuola positiva propongono di agguagliarvi altresì il tentativo, e vogliono repressi in modo identico il delitto perfetto e l'imperfetto, per una supposta *identità* di pericolo sociale e di *certezza* nella perseveranza nel malvagio proposito, e più lontanamente ancora perchè la manifestazione della volontà rea non ammette gradi.

35. Codesta parificazione, messa a riscontro con l'altro assunto dell'indifferenza, rispetto alla misura della sanzione penale, del numero e della natura degli atti compiuti, e della prossimità loro all'ultimo atto consumativo, rende frustranea, tanto in tesi scientifica ed astratta, quanto in pratica, la distinzione delle suddette tre figure giuridiche di delitto tentato, mancato e consumato, e riconferma l'inutilità loro, già dianzi dimostrata sotto altro profilo (V. n. 14).

Di vero, se la parte di fatto già realizzata vale qual mero indice della probabile persistenza nel misfare e della temibilità dell'individuo, e se il reato perfetto deve punirsi al pari dell'imperfetto, nulla giustifica l'accennata distinzione, sia di fronte alla teoria, sia di fronte alla pratica, a meno che non si voglia attribuire il debito valore al divario corrente tra la *probabilità maggiore o minore* di perseveranza nella volontà rea, e la *certezza* di essa (grado di temibilità del delinquente), ed al *maggiore o minor pericolo corso dal diritto attaccato,* in confronto all'effettiva violazione di esso.

La forza morale soggettiva in fatti (tendenza della volontà verso il delitto), che, nel delitto consumato è *certa* sino all'ultimo, non può dirsi altrettanto perseverante e certa nel tentativo, restando sempre il dubbio e la possibilità di desistenza spontanea nell'intervallo intercedente tra il sorgere del fortuito, innanzi il compimento di tutti gli atti necessarî

alla consumazione, ed il momento in cui la desistenza stessa avrebbe avuto luogo. Certamente il reo proposito ha perdurato fino al punto in cui sopravvenne il fortuito frastornatore dell'evento; vi sarebbe tuttavia precipitazione nell'affermare (data la distanza degli atti eseguiti dalla consumazione) che tale proposito sarebbesi mantenuto costante anche oltre codesto punto, e così contestare *a priori* la possibilità di un salutare ravvedimento e di una desistenza volontaria dagli ulteriori atti necessarî all'evento e successivi al fortuito, e ritenere conseguentemente impossibile l'astensione dall'ultimo atto consumativo.

La sinderesi può spuntare ad ogni istante dell'*iter criminis*, e tanto basta per aversi *un meno nella temibilità* del delinquente.

Non è, quindi, esatto il dire che, quando non vi ha grande probabilità di volontaria desistenza prima dell'ultimo atto necessario alla consumazione, il pericolo è *identico* a quello del reato consumato, imperocchè la probabilità non equivale alla certezza assoluta, che si riscontra nel delitto perfetto.

Onde il Ferri ha rilevato, che la mancata consumazione del maleficio dipende, spesso, da un'azione meno energica (elemento fisico) e da minor malizia del delinquente (elemento morale), indizio di minore temibilità e potenza offensiva, e cagione perciò di minor danno mediato. — Ora, queste stesse ragioni valgono anche per il delitto mancato, il quale attesta una minore temibilità dell'agente in confronto a quella risultante dal corrispondente delitto consumato, ed in ogni evento produce (per effetto del mancato danno materiale, effettivo) un'*impressione* molto minore nella vita quotidiana e nel sentimento comune: vita quotidiana e sentimento generale, costituenti altrettanti fatti reali (e non già vuoti sillogismi) da calçolarsi nella misura della pena, al pari del difetto della *pretesa circostanza accessoria ed accidentale* della consumazione — tranne che si voglia far ritorno all'antica scuola francese.

I positivisti propugnano, è vero, la parificazione predetta esclusivamente nel concorso della massima probabilità

o quasi certezza della perseveranza nel reo volere ; ma nè l'una, nè l'altra equivalgono alla certezza piena ed assoluta che si riscontra nel delitto consumato. Onde il Mancini acutamente osservava, che la pena nel tentativo « deve essere minore di quella che inflitta si sarebbe dopo la consumazione dell'intero danno, e dopo la *pruova* della persistenza del colpevole nel suo proposito fino al conseguimento criminoso » (1).

Non è, dunque, esatto l'affermare che il *pericolo* nel tentativo sia *identico* a quello del delitto consumato. Tale identità non esiste, nè avuto riguardo all'essenza ontologica del fatto, nè dal punto di vista della temibilità del delinquente, imperocchè, nel consumato, vi ha qualcosa di più di un semplice pericolo corso, cioè un danno effettivo, accrescente il danno riflesso, vale a dire il pericolo individuale e sociale, ed un indizio di maggiore capacità criminosa da parte dell'agente.

E però la scuola classica vuol punito il tentativo meno del corrispondente reato consumato per parecchie ragioni :

a) Perchè un danno potenziale ed un pericolo, per grandi che siano, non equivalgono mai ad un danno effettivamente patito : onde una prima differenza rispetto al danno immediato ;

b) Perchè il tentativo offre un danno riflesso minore di quello dell'analogo delitto consumato, in primo luogo per l'incertezza, di fronte alla mancata esecuzione di *tutti* gli atti necessarii alla consumazione, se l'agente li avrebbe tutti eseguiti, e se avrebbe, per conseguenza, *effettivamente* perseverato sino alla fine : dubbio che fa scemare lo spavento dei consociati, attesa la possibilità di desistenza spontanea (rivelatrice di minore temibilità del colpevole) avanti il compimento degli atti predetti — in secondo luogo, perchè, di

(1) *Mamiani e Mancini :* Op. cit. pag. 156.

solito, il danno mediato è proporzionale all'immediato, e questo, nel tentativo, non è effettivo, ma potenziale.

L'opporre che, così disponendo, si viene ad attribuire alla circostanza fortuita, ostacolatrice dell'evento, la funzione di scusa, arrecandosi al colpevole un vantaggio non meritato, non approda, sia per le ragioni politiche, appresso accennate, sia per la considerazione di giustizia che, nei delitti, non si punisce la sola intenzione, ma l'atto esterno accompagnato da questa, il quale presenta, naturalmente, maggior peso quando riesce all'evento sinistro; onde l'imperfezione del delitto basta a giustificare la minore gravità della scossa risentita dall'ordine giuridico esterno, e la conseguente necessità di una pena minore. — Come si aggrava la sorte del giudicabile allorquando l'evento fortuito ne supera le previsioni, così è giusto e doveroso tener conto in suo favore di quello che le delude;

c) Perchè, come osserva il Niccolini, nella maggior parte dei casi, la deficienza del risultato è sempre più o meno attribuibile ad una indecisione della volontà;

d) Perchè, quand'anche nel conato e nel consumato potesse ricorrere parità di perseveranza nel malvagio volere, nondimeno nell'uno si aggiungerebbe — come dicemmo — l'evento delittuoso, che si desidera, in vece, nell'altro: onde un meno nella forza fisica del maleficio;

e) E perchè *(riguardo politico)* esaurendo sul delitto tentato tutta la imputazione propria del delitto perfetto, resterebbero necessariamente senza imputazione gli atti, che si fossero continuati o ripetuti dal colpevole per cercare di consumarlo (1); ed il delinquente, conscio dell'identità di trattamento, di fronte alla legge penale, tanto nel caso di tentativo, quanto nel caso di consumazione del delitto, difficilmente si arresterebbe ad un semplice conato quando

(1) *Carrara*: Programma, parte gen. § 354 — Lezioni sul grado ecc. pag. 8.

avesse tutto l'agio di procedere oltre, sia allo scopo di appagare le sue brame malvagie, sia per togliere di mezzo, spesse volte, il testimonio più formidabile, forse l'unico testimonio del maleficio: la vittima.

Or, se la legge penale non deve, con le sue statuizioni, tornare di ostacolo alla desistenza spontanea, e se la pena minacciata non deve in alcun modo impedire la sinderesi e l'emenda del colpevole, è evidente che il legislàtore, il quale agguagliasse nella pena il reato tentato al consumato, correrebbe rischio di aiutare ed afforzare i moventi, forse ancora deboli, suadenti il delinquente a perseverare nella malvagia impresa, portandola alle sue ultime conseguenze dannose, per trarne l'intero profitto desiderato, o per lo meno il maggiore vantaggio possibile.

36. Tuttavia il Garofalo, nell'applicare in pratica la teorica della parificazione anzidetta, la modifica notabilmente, proponendo, per il delitto tentato, sanzioni penali a volte *minori* di quelle del consumato, a volte *identiche,* e rimettendosi spesso al prudente arbitrio del magistrato.

In fatti, a pag. 447 della sua « Criminologia » dopo aver premesso: « Secondo la mia teoria, il reato mancato è punito *sempre* come il consumato », e fatto richiamo, quanto al tentativo, al principio svolto a pag. 278, che « il tentativo ora non è punibile affatto, ora è punibile *come il reato consumato* », prosegue, riassumendo in un quadro il nuovo sistema penale dalla scuola positiva vagheggiato:

« 1. Sarà ordinata la *morte* dei seguenti rei:

a) L'autore di qualsiasi omicidio volontario, il cui movente non sia stato il vendicare una ingiuria immeritata od una ingiustizia fattagli subire in qualsiasi tempo dall'offeso, ovvero fatta a qualsiasi persona nell'istante che precedè il delitto.... ;

b) L'autore di qualsiasi omicidio commesso a più riprese e con intervalli più o meno lunghi;

c) L'autore della strage di più persone, eseguita con atti distinti e successivi, salvo i casi di rissa e difesa; e l'autore d'incendio, inondazione, esplosione od altri mezzi di distruzione, tendenti allo scopo di uccidere altre persone oltre il provocatore dell'agente;

d) L'autore di strazii prolungati ed atroci che abbiano privato un uomo di un organo, di un senso, di un arto, o lo abbiano fatto lentamente perire, o gli abbiano prodotto pazzia, ebetismo ed insanabile infermità, allo scopo di estorsione, ovvero di brutale diletto, o libidine.

In tutti i casi di questo articolo, quando il reo *non abbia potuto giungere all'ultimo atto di esecuzione* per una circostanza sopravvenuta e fortuita (*tentativo*), sarà custodito in un *manicomio criminale a tempo indeterminato*.

Quando, durante il periodo di osservazione nel manicomio criminale, *da determinarsi secondo i casi*, non abbia dato segni di pazzia intellettuale, epilessia, isterismo od altra frenosi o nevrosi, egli *potrà* essere condotto in luogo di *relegazione* nel quale sarà continuamente sorvegliato. Se, per un tempo abbastanza lungo, non abbia mostrato alcuna tendenza alle aggressioni o ad altri delitti, potrà essere liberato definitivamente, a giudizio del magistrato che pronunziò la prima condanna. Se viceversa, le tendenze criminose *si rinnovino* nel luogo di relegazione, il reo sarà ricondotto nel *manicomio criminale* ».

In tutti i casi dello stesso articolo, il reato *mancato* deve punirsi come il consumato (1).

Ora, prescindendo dalla questione della legittimità della pena di morte e delle pene a tempo indeterminato (contro le quali ebbe a pronunziarsi il Congresso penitenziario di Roma, nel 1885), e dalla considerazione altresì che alla sicurezza sociale, di cui si protesta tanto tenera la nuova

(1) *Garofalo:* Criminologia, pag. 447 e 476.

scuola, non pare si provveda a bastanza col rinchiudere il colpevole di tentato omicidio in un manicomio criminale, salvo a liberarlo definitivamente quando, per un tempo piuttosto lungo ma indeterminato (1), non mostri più alcuna tendenza malefica, imperciocchè la recidiva è resa assai difficile dalla chiusura nel manicomio criminale da prima, e dalla relegazione sotto continua sorveglianza di poi, le quali tolgono quasi del tutto le occasioni ed il fomite a delinquere, mentre dal canto suo l'individuo può simulare ipocritamente le qualità richieste per la cessazione della pena — ed a parte altresì il fatto, che troppo scarsa pena si appalesa il ricondurre nel manicomio criminale il colpevole di tentato omicidio, il quale nel luogo di relegazione abbia rinnovato le proprie tendenze malefiche, commettendo, naturalmente, un altro reato o per lo meno un tentativo di delitto, di guisa che la recidiva rimarrebbe senza repressione, in conseguenza del puro e semplice ritorno alla pena già incorsa per il precedente misfatto — gli è certo che, in tutti gli esempî sopra ricordati, si riscontrano altrettante eccezioni alla regola generale della parificazione del reato tentato al consumato, nei riguardi della pena.

Nè si arrestano qui le eccezioni: « Se la causa (di un furto, frode o truffa, con o senza falso) fu una singolare opportunità, una viva tentazione improvvisa ; od in generale qualsiasi causa che non si possa attribuire all'ozio, all'ambiente depravato, alle abitudini contratte, il reo sarà *detenuto* fino a che non abbia *restituito gli oggetti sottratti*, od, in

(1) Nella proposta della nuova scuola tutto è indeterminato: la durata della pena, la durata del periodo di osservazione nel manicomio criminale, ed il tempo entro il quale il delinquente deve apparire immune da tendenze criminose.

I positivisti fondano la pena a tempo indeterminato su la presunzione d'infermità di mente del delinquente e su la credenza che il pervertimento morale sia un'anomalia della mente, cioè una nevrosi criminosa.

mancanza, non abbia dato una somma equivalente, tenuto conto del prezzo di affezione.

Se il reato fu solamente *tentato*, dovrà dare un'indennità per l'allarme fatto nascere, il disturbo recato ecc.... *In ogni caso* gli autori di quei reati saranno esclusi da ogni uffizio pubblico, e saranno privati di tutti i diritti politici ».

« I pubblici ufficiali rei di peculato, concussione o corruzione, oltre alla perdita della propria carica, saranno interdetti a perpetuità da qualsiasi pubblico uffizio e costretti alla restituzione o riparazione dei danni e ad una multa a favore dello Stato.

Nel caso di *tentativo* avrà luogo la interdizione con la multa ».

« Gli autori di devastamento, incendio od altro danno volontario, senza attentato alla incolumità delle persone, saranno astretti alla riparazione (mediante lo sborso di una somma equivalente al valore dell'oggetto distrutto), e nel calcolarsi il valore dell'oggetto distrutto si terrà conto del prezzo di affezione (ed i rei saranno detenuti fino al giorno del pagamento di detta somma).

Il *tentativo* è punibile con una indennità da darsi per l'allarme fatto nascere, il disturbo recato ecc. ».

« La fabbricazione e lo spaccio doloso di false monete e false carte di credito pubblico saranno puniti con la reclusione temporanea prestabilita nella durata e con multa proporzionata al danno presumibilmente recato.

Il *tentativo* è punito con la sola reclusione » (1).

Ora, prescindendo dalla considerazione che, nei reati di furto, frode, truffa, devastamento, incendio, danneggiamento ecc., la pena sarebbe a tempo indeterminato, e che tanto l'irrogazione, quanto la durata di essa *ai fini sociali*, sarebbero subordinate *ai fini privati*, cioè all'interesse della parte lesa

(1) *Garofalo*: Criminologia, pag. 468 e 470.

alla restituzione del tolto od al risarcimento dei danni, onde la detenzione e la durata relativa rimarrebbero in balìa del delinquente (ossia del suo stato economico, potendo *sfuggirvi* mediante il pronto rimborso del valore degli oggetti involati, danneggiati o distrutti), o dei terzi disposti a pagare per lui, quasi che, oltre al danno privato, non vi fosse il danno sociale (1), è indiscutibile che anche qui abbiamo altrettanti esempii, in cui il tentativo è punito *meno* del corrispondente delitto consumato.

37. Seguono, in vece, altri casi, nei quali il delitto tentato è punito *con la stessa pena* del consumato:

« Saranno custoditi in un manicomio criminale a tempo indeterminato gli autori di percosse, sevizie, ferimenti od altri atti nocivi alla salute che non siano stati provocati da una ingiuria od ingiustizia dell'offeso, di stupro violento su

---

(1) Nello stesso equivoco è caduto il Garofalo, proponendo la coercizione alla riparazione dei danni come pena propria ed *unica* per i reati indicati a pag. 479 n. III della « Criminologia ».

Perfino i legislatori più liberali hanno sottoposto l'esenzione della pena (nel caso di restituzione del tolto o di risarcimento del danno) a talune condizioni, precipua quella che il maleficio non sia stato ancora scoperto o l'autorità non ne abbia avuto ancora notizia. Così il Cod. austriaco concede l'impunità per qualunque furto ed infedeltà, se il colpevole, mosso da efficace pentimento, benchè in sèguito alle insistenze del danneggiato, risarcisce per intero il danno derivante dal fatto proprio, prima che il giudice od altra autorità abbia cognizione del reato (§ 187) — il Cod. Ticinese accorda l'esenzione dalla pena nel solo caso di furto semplice, quando la restituzione dell'oggetto rubato o il risarcimento del danno avvenga nelle ventiquattro ore susseguenti, ed il furto non sia ancora divulgato o portato a conoscenza dell'autorità (art. 368) — il Cod. di Vaud concede uguale esenzione nei più lievi reati contro la proprietà, quante volte la restituzione o il risarcimento avvengano prima dell' inizio di qualsiasi procedimento, altrimenti diminuisce soltanto la pena (art. 307) — il Cod. di Berna ammette che si possa, secondo le circostanze, lasciare impunita l'appropriazione indebita quando « alla prima richiesta il colpevole rimborsi sùbito e integralmente il valore della cosa sottratta » (art. 221), ma trattandosi di furto semplice o qualificato concede

bambini o persone inferme e i recidivi per la seconda volta in attentati al pudore, quando, per la precedenza di altri reati, per degenerazione ereditaria e per un insieme di caratteri psichici ed antropologici spiccati, si possa presumere che il reo sia un imbecille morale o delinquente istintivo. Lo stesso trattamento avrà luogo per l'impulsivo alcoolista....

Pel *tentativo* di qualsiasi reato, di cui si è parlato finora, avrà luogo il *trattamento indicato nel presente articolo* » (1).

---

soltanto una riduzione di pena « se prima di ogni altro reclamo diretto e in epoca che, a seconda delle circostanze, poteva credersi ancora non iscoperto » il colpevole abbia « completamente riparato il danno recato, sebbene ne sia stata fatta denuncia » (art. 215) — il Cod. di Friburgo riduce la pena tanto per il furto, quanto per l'appropriazione indebita se « prima di ogni procedura » il colpevole abbia « volontariamente e completamente indennizzato la parte lesa », o se « prima di essere segnalato all'autorità come autore » di uno dei detti reati esso si costituisca spontaneamente in carcere (art. 245).

Il nostro legislatore, più ossequente ai principii giuridici, rammentandosi che, oltre il danno privato, vi è quello sociale, si è limitato (avvenendo la restituzione o il risarcimento) a diminuire la pena da uno a due terzi quando ciò avvenga avanti ogni provvedimento giudiziale contro il colpevole, e da un sesto ad un terzo quando la restituzione o il risarcimento si operino durante il procedimento, ma prima dell'invio a giudizio (art. 432 Cod. pen.).

(1) *Garofalo*: Criminologia, pag. 449. Debbono punirsi — ripete in altro luogo — con la eliminazione incompleta, revocabile dalla società (reclusione in un manicomio criminale a tempo indeterminato) gli autori: di omicidio commesso anche con tormenti od a più riprese, della strage di più persone, di omicidio del proprio genitore, avo, benefattore o superiore gerarchico, di strazi atroci o mutilazioni a scopo di estorsione o per brutale diletto o libidine, tali da lasciare un uomo deforme, ammalato o privo di un organo, di un senso, di un arto, quando gli autori stessi siano affetti da assenza o morbosa perturbazione della facoltà d'ideazione, o spinti al delitto da un accesso di epilessia, d'isterismo, di mania impulsiva, o per effetto di alcoolismo.

Il *tentativo* deve reprimersi *in tutti in casi nell'identico modo* (pag. 476).

La stessa pena va applicata — tanto agli autori di stupro od atti violenti di libidine su bambini od infermi, agli autori di danni alla salute, di ferimenti non provocati, di furti, incendi, inondazioni, calunnie, con la circostanza di caratteri psichici, patologici ed antropologici che facciano presumere il reo nato ed istintivo, od una forma qualsiasi di pazzia morale od intellettuale — quanto ai fanciulli che hanno coscienza dei loro atti ed ai giovanetti fino all'età di 16 anni, autori di uno qualsiasi dei delitti accennati finora.

Il *tentativo* va punito *in tutti i casi nell'identico modo* (pag. 477).

« Se la causa (di un furto, frode o truffa, con o senza falso) fu l'ozio o la compagnia abituale di malviventi, o se il reo è già noto per una condotta cattiva, egli sarà ascritto ad una compagnia di lavoro coatto a vantaggio dello Stato....

Il *tentativo* è da reprimersi *come il reato consumato*....

Se l'autore di uno di quei reati è un giovinetto traviato da cattivi esempii della propria famiglia o dei compagni, egli sarà posto in una colonia agricola di minorenni da stabilirsi in luoghi incolti, per opera privata o governativa.

Il *tentativo* è da reprimersi *come il reato consumato* ».

« Il recidivo per tre volte, in caso di truffe o di furti lievi e semplici — per due volte, in caso di falso o di furti violenti, ed anche per una sola volta nei casi gravissimi, e quando è provato che il reo sia un malfattore abituale, sarà relegato a perpetuità in un'isola lontana dalla madrepatria. La stessa pena sarà inflitta all'autore di un furto violento con crudeli maltrattamenti, ed al ladro o frodatore che abbia precedentemente subito più di tre condanne a qualsiasi pena per qualsiasi delitto.

Pel *tentativo* avrà luogo il *medesimo trattamento* » (1).

38. Vi hanno, poi, taluni casi, nei quali il tentativo è punito *ad arbitrium judicis*, senza alcuna determinazione nè della specie, nè della quantità della pena; e sono quelli mentovati dal Garofalo ai n. 7, 8 e 9 della pag. 451, ai n. 8, 9 e 10 della pag. 470, ed a pag. 471, cioè: il conato di omicidio per vendetta o per pregiudizio religioso, politico, di famiglia, di classe, di casta od associazione — il tentativo di violenza carnale e di atti violenti di libidine — il tentativo di sfregio e di danni al corpo — il tentativo di

(1) *Garofalo:* Criminologia, pag. 469.

procurato aborto della donna senza complicità di costei, e di rendere ammalato o di far perdere altrui un senso od un organo (1).

39. Finalmente, vi hanno reati, il cui tentativo deve rimanere *impunito*.

Così p. e. non si reprime il tentativo di omicidio provocato da un'ingiuria atroce ed intollerabile, contro la quale si reagisca immediatamente ed istantaneamente — il tentativo di omicidio, quando si tratti di reazione immediata ed istantanea avverso un'offesa ingiusta, ma di minore gravità — la partecipazione in un tentativo di suicidio al solo scopo di far cessare le sofferenze del suicida, ovvero di salvarne l'onore — il tentativo d'infanticidio per salvare l'onore della madre, commesso da costei o da un suo stretto parente — il tentativo di bigamia, supposizione, sostituzione o soppressione d'infante — il tentativo di ratto senza violenza di una fanciulla sottoposta alla potestà patria o tutoria — la tentata seduzione di una fanciulla onesta con promessa di matrimonio non adempiuta (2).

40. Dal complesso dei menzionati esempî chiaramente traspare, come la nuova scuola di diritto penale, dopo aver fermato in teoria il principio della punibilità del tentativo al pari del delitto consumato, nelle pratiche conclusioni vi abbia apportato tali e tante restrizioni, da infirmare quasi la regola.

(1) *Garofalo:* Criminologia, pag. 477.
(2) *Garofalo:* Criminologia, pag. 450, 451 n. 8 e 477.

Egli è vero che il Garofalo si è schermito da questa taccia d'incoerenza, dicendo nella « Polemica ecc. » : aver messo innanzi delle frammentarie proposte di riforma alle leggi esistenti « così a parte, perchè sarebbero realizzabili immediatamente, e quasi in via di esperimento », in modo da rappresentare soltanto un primo passo nella serie delle riforme da introdursi nel Codice, secondo le idee della scuola positiva (1), in conformità di quanto si legge anche nella « Criminologia » : « Ma se siete proprio decisi a darci una nuova legislazione, sopprimetene almeno quelle parti che indubitabilmente renderebbero peggiore lo stato delle cose, e *sperimentate* almeno qualcuna fra le più *plausibili* nostre proposte » (2) — nondimeno, il non aver fatto la proposta di sperimentare gli effetti della parificazione nella pena del reato tentato e mancato al consumato, quantunque *realizzabile immediatamente*, fa quasi dubitare della *plausibilità* della medesima.

E v'ha di più : Ammettendo per poco che il pericolo, nel delitto tentato e mancato, fosse identico a quello del corrispondente delitto consumato, siccome codesta *identità* non ammette frazionamento, nè gradi, così la pena dovrebbe essere, per necessità logica e giuridica, invariabilmente la stessa, dimostrandosi irrazionale ed illegittima qualsiasi deviazione della regola generale ed assoluta. Ove, poi, distruggendo quest'ultima, si volesse, in qualche caso, revocare in dubbio l'identità del pericolo predetto, fondandosi su l'incertezza della perseveranza nel proposito criminoso nel tentativo, bisognerebbe, in luogo di scemare la pena del conato, lasciarlo a dirittura impunito, imperocchè eliminata la probabilità della persistenza nel reo volere *usque ad finem*, la temibilità dello agente, e con essa la punibilità del tentativo, vien meno.

---

(1) *Lombroso*, *Ferri*, *Garofalo e Fioretti*: Polemica ecc., pag. 184.
(2) *Garofalo*: Criminologia, pag. 493.

Ad ogni modo, gli è certo che il nuovo sistema penale, per quanto riguarda il tentativo, non risponde in pratica a quello propugnato in teoria.

41. Conchiudendo, a noi pare che la nuova scuola, seguendo la dottrina subiettiva ed innestandovi le modificazioni e limitazioni sopra ricordate, abbia finito, da un canto, col punire la nuda volontà criminosa scompagnata da atti in realtà pericolosi, posciachè la temibilità dell'agente (unico elemento da assodarsi, con l'accertamento della perseveranza nel proposito reo) si restringe al carattere individuale, di cui l'energia volitiva è precipuo fattore, ed altro significato non ha, tranne quello d'indizio di probabili danni avvenire — e, d'altro canto, abbia finito col proporre, come conseguenza logica delle proprie premesse, una penalità del tentativo, tale da distornare gli individui dalla desistenza spontanea, e produttrice di flagranti ingiustizie: onde la confusione tra l'uomo pericoloso, e forse malfattore in futuro, con l'uomo nel momento attuale non delinquente, ed un sistema repressivo offerente facile il fianco alla critica in nome dell'equità e della giustizia.

Prova incontrastabile di sì fatte verità ci è fornita dall'applicazione delle novelle dottrine al mandato a delinquere, di cui abbiamo stimato utile fare breve cenno nel capitolo seguente (V. sopra n. 3).

CAPO V.

Applicazione delle norme del tentativo con mezzi inidonei al mandato non eseguito.

42. Secondo i classici criminalisti, il mandato accettato non è punibile quando non ha avuto luogo alcun principio di esecuzione da parte del mandatario, ovvero quand'egli ha desistito volontariamente prima di recare alcun danno e di offendere alcun diritto (nel quale ultimo caso il mandante, pur rispondendo di mandato come delitto di per sè stante, non è mai responsabile per complicità); e ciò per la mancanza dell'elemento di fatto e per il carattere assolutamente preparatorio del mandato.

« Aucun raisonnement ne peut faire que ce qui n'est pas même commencé existe, et il serait aussi inique que ridicule de déclarer un homme coupable d'un crime qui n'a pas eu d'existence » (1). Il mandante potrà, se vuolsi, essere tenuto di una speciale pravità, ma non di conato: di un conato che non ha esecuzione (2). —

Per contrario, la scuola positiva, applicando alle accennate due ipotesi: di mandato accettato, ma non cominciato ad eseguire — e di spontaneo abbandono dell'*iter criminis*,

(1) *Rossi:* Op. cit. liv. II ch. 36 — Il mandato, al pari degli accordi criminosi, dell'acquisto di armi e di veleni, delle indagini per ottenere informazioni e simili, è atto preparatorio in modo assoluto; quindi non può, senza ingiustizia, punirsi come tentativo (*Carrara:* Programma §§ 358 e 451 — V. *Mittermaier:* Dell'idea, della specie e della penalità dell'autore del delitto, negli Scritti germ. pag. 209) — *Mandans alicui delictum, non videtur puniendus, si aliud non sequatur* (Farinacio: Quaest. 124 n. 90).

(2) *Ellero*: Op. cit. pag. 323.

rebus integris, da parte del mandatario — le norme del tentativo con mezzi inidonei, così ragiona:

« Il *mezzo inidoneo* è il mandatario che avrebbe dovuto essere agente ma non ha agito. *Il principio di esecuzione* è l'essersi dato l'incarico accettato.

Norma di punibilità sarà dunque la considerazione della *serietà del mandante* e della *scelta da lui fatta del sicario*. Se le circostanze erano tali da far credere a ciascuno che *questi non avrebbe desistito* dal tentare il colpo, il mandante è già colpevole di reato **mancato**, poichè egli lo ha *subbiettivamente compiuto*. Che il tentativo sia stato vano o che non abbia neppure avuto cominciamento, è cosa indipendente dalla sua volontà, è circostanza fortuita ond'egli non deve giovarsi..... L'incarico di un assassinio dato ad un brigante, ovvero quello di una vendetta dato ad un camorrista, quando l'operazione sia agevole e poco rischiosa, quando il prezzo promesso sia appunto quello che il mandatario abbia richiesto, *basta* per provare la *temibilità del mandante*. — Viceversa, se un incarico di tal sorta fu affidato a persona timida ed inesperta, od a tale che, sebbene disonesto, non si era ancora macchiato di sangue; *ovvero* se l'esecuzione era difficile, od il prezzo offerto non parea tale da allettare al delitto, o se potea dubitarsi della promessa, il mandante non è un *delinquente serio*, egli non è temibile, egli non ha che una velleità di delitto. Non dovrà dunque dirsi che nel primo caso ha avuto luogo un **tentativo** punibile, e nel secondo un atto che non rivela alcun pericolo e quindi non esige reazione sociale? » (1).

---

(1) *Garofalo:* Criminologia pag. 281. Il Cod. Sardo del 1859 sanciva la punibilità del mandante, come reo di tentativo, anche se il mandatario non avesse proceduto ad alcun atto di esecuzione (art. 99). Disposizione consimile contenevasi nell'art. 74 combinato con gli art. 77 e 80 del Cod. Würtemberghese e in altri aboliti Codici tedeschi, e si legge nel § 9 del Cod. Austriaco. — Però, una sanzione di tal fatta, generata dalla erronea teoria del tentativo d'istigazione, non poteva piacere ai cultori delle discipline penali, mirando

Sorpassando sul fatto che il Garofalo, dopo aver qualificato come delitti *mancati* i predetti incarichi non eseguiti, ha finito col qualificarli semplici *tentativi*, è da osservarsi che *non compie subbiettivamente* il reato d'omicidio chi si limita ad affidarne l'esecuzione a persona, la quale (sebbene reputata temibile) non fa nulla, e dimostrasi, nel caso speciale, affatto inidonea, innocua e non pericolosa. Nel tentativo con mezzi inidonei, questi si mettono almeno in movimento: qui, per l'opposto, il mandatario non si muove a dirittura. In simile contingenza non può dirsi che il mandante abbia compiuto, da parte sua, tutto quanto era necessario al raggiugnimento del fine reo: egli non ha proceduto ad una buona scelta nel sicario, ed ha eletto volontariamente un mezzo inidoneo; per conseguenza la mancanza dell'evento risale a lui, e non proviene affatto da un fortuito indipendente dalla sua volontà.

Egli diede bensì opera a quanto *credeva* indispensabile al conseguimento del pravo fine, scegliendo quel determinato individuo, a preferenza di qualsiasi altra persona, come esecutore

---

a punire i meri proponimenti criminosi, e di fatti fu riprovata dall'*Ambrosoli* (Sul Cod. pen. ital. § 5 pag. 234), dal *Bernard* (Revue critique, Vol. XX pag. 467), dal *Conforti* (Osserv. sul Cod. crim. pag. 61), dall'*Ellero* (Op. cit. pag. 323) e da molti altri, e nelle Provincie meridionali d'Italia fu abrogata con l'Art. 2 del Decreto luogotenenziale del 17 Febbraio 1861 n. 237, per le seguenti ragioni espresse nella relazione: « Egli era mestieri respingere la disposizione del Codice contenuta nell'art. 99 che vuol punito il mandante di un reato, anche quando il mandatario desistesse dalla esecuzione del medesimo; imperocchè la coscienza giuridica di queste provincie napoletane non potrebbe rinunciare al principio che il mandato si risolve in *puro proponimento criminoso*, o, *al massimo*, *in un atto preparatorio*, quando l'esecuzione vien manco per volontario desistere di colui che avea assunto l'incarico di tradurlo in atto. Che se poi nell'art. 99 del Codice si tiene anche punibile il mandante, quando il mandatario desiste dalla esecuzione per cagione indipendente dalla sua volontà, l'abolizione dell'articolo non include la impunità pel mandante per tal caso, perocchè essendo punibile il mandatario come autore di conato criminoso, le regole generali della correità e della complicità bastano a produrre la punibilità del mandante »; nè fu riprodotta nel Cod. pen. in vigore.

del maleficio: non fece, però, tutto quanto era *effettivamente* necessario alla consumazione del delitto; quindi, di sì fatto errore ed omissione di diligenza, direttamente producente la salvezza della vittima, è mestieri tener conto a favore del mandante, così come gli si tien conto del caso che la salva.

In oltre, il commettere un incarico *accettato* non costituisce punto un principio di esecuzione (1), sì bene una semplice manifestazione di proponimento criminoso; e mancando il fatto principale su cui fondare l'imputazione, e qualsiasi momento fisico dell'azione delittuosa, è assurdo parlare di inizio di esecuzione e di delitto tentato o mancato, stante l'assenza totale della forza fisica relativa.

D'altronde, quando l'accettazione del mandato è soltanto apparente e manca, in realtà, sino da principio l'incontro delle due volontà, o pure ne vien meno la coerenza perseverante, quando insomma il mandatario, fingendo consentire, ha di fatto prestabilito in cuor suo di non far niente, il consenso nell'*idem placitum* non può dirsi mai sorto, ed è vano il ragionare d'incarico *accettato*, peggio ancora d'incominciamento di esecuzione. —

Rispetto, poi, al tentativo abbandonato, il pentimento di chi doveva essere esecutore del maleficio, intervenuto prima di qualsiasi atto esecutivo, retroagendo su la efficacia e validità del consenso anteriore e su l'apparente accordo intervenuto, li cancella ed infirma dimostrandoli non serii nè perseveranti, a tutto profitto anche del mandante.

Di quest'ultimo, anzi, non è nè pure certa la perseveranza nel malvagio disegno *usque ad finem*, perchè non rimossa la possibilità del suo pentimento e di una salutare e tempestiva revocazione del mandato prima di qualsiasi atto

---

(1) Nel mandato « chi comanda ad altri di eseguire non ha anche cominciato la esecuzione del delitto che vuole » (*Carrara*: Del grado, ecc. pag. 45).

esecutivo da parte del mandatario (supposta in costui l'intenzione di mantenere la fede data): revocazione, cui il mandante può congetturarsi avrebbe comunicata al mandatario, appena avvedutosi dell'incominciamento effettivo dell'esecuzione dell'incarico.

Altro equivoco consiste nel voler dedurre la serietà e temibilità del mandante dalla scelta, ossia dalla temibilità del mandatario:

a) È codesto un fenomeno d'inversione ideologica assai singolare, che non lascia comprendere come la presunta temibilità del sicario (brigante, camorrista), smentita dal fatto positivo dell'assoluta inoperosità ed innocuità di costui nel caso concreto, possa riflettersi e rimbalzare sul mandante.

Un individuo può essere reputato temibile e pericoloso *in generale*, e nondimeno palesarsi innocuo *in taluni casi particolari*, di fronte a determinati maleficii: in tale congiuntura, è assurdo trasportare, da lui, in chi gli diede l'incarico, la qualifica di delinquente serio, mancante nel primo, e far dipendere la punibilità del mandante dalla supposta temibilità del sicario, del tutto esclusa nella specie. Poco importa che le circostanze fossero tali da far credere che il mandatario avrebbe cominciato l'esecuzione e non avrebbe desistito dal tentare il colpo, quando di fatto rimase inattivo. Può avvenire che taluno, già riconosciuto per anteriori misfatti (violenza carnale, falso) qual delinquente *istintivo*, e perciò temibile ed incorreggibile, riceva l'incarico di compiere un reato di genere diverso dai precedenti (assassinio), ed accetti col proponimento di non far niente e di lucrare la parte anticipatagli della mercede convenuta: in tale ipotesi, per dichiarare colpevole di tentativo il mandante, dovrà guardarsi se il novello maleficio risponda all'indole criminosa del sicario, ovvero basterà all'uopo l'appartenenza di costui alla categoria dei delinquenti istintivi — o non dovrà dirsi, piuttosto, che, sino a quando Tizio dice: « Esegui » e Caio risponde: « Eseguirò » ma non si muove, non ci sia nè meno l'ombra del pericolo corso, quand'anche l'uno e l'altro

potessero tra i più perversi uomini di questo mondo annoverarsi?

b) In secondo luogo, l'arguire la temibilità del mandante da quella del mandatario contrasta al criterio positivo della penalità, messo innanzi dal Garofalo.

Egli desume la temibilità dei delinquenti (oltre che dalla quantità del danno prodotto dal delitto e dal modo di esecuzione) dalla vita loro precedente, dai caratteri fisiologici e psichici, dai sentimenti ereditarî ed acquisiti, dalla qualità dei motivi determinanti al reato ecc. ecc., ossia da un complesso di elementi non unificati al fatto criminoso, ma del tutto *soggettivi*, individuali, inerenti alla persona del delinquente.

Per l'opposto, in *subiecta materia* (mancando l'elemento del danno e del modo di esecuzione del maleficio, stante l'inerzia del sicario) la temibilità del mandante non verrebbe inferita più dagli altri requisiti suoi proprî, testè accennati, ma da una circostanza *estranea a lui*, cioè dalla temibilità del mandatario (brigante, camorrista), con evidente applicazione fuor di proposito della teorica della comunicabilità delle circostanze personali fra i più partecipi di uno stesso reato.

c) In terzo luogo ne sembra ardita la proposizione: che la cattiva scelta del sicario dimostri, nel mandante, una semplice *velleità di delitto*.

Essa resiste all'altro principio della scuola positiva, secondo il quale, nel tentativo, il pericolo e la temibilità risultano dalla tenacia nel reo volere. Onde, se il mandante manifestasse tutto il proprio dolore e la propria collera per l'inazione o per la desistenza del mandatario, ovvero facesse altrimenti palese la perseveranza sua nel pravo disegno, avvalorata dal tipo suo criminale, dal movente del reato e via dicendo, o conferendo lo stesso incarico ad altra persona temibile, dovrebbe rispondere di conato, malgrado la scelta del primo sicario innocuo e non pericoloso, salvo a rispondere anche del secondo mandato.

d) In quarto luogo, come decidere nel caso di conflitto tra la temibilità del mandante (comprovata dal suo tipo criminale, dalla natura dei precedenti delitti — omicidii — identici a quello per cui ebbe a conferire l'incarico, e dalla manifestata serietà e fermezza nel proposito criminoso) e la non temibilità del mandatario, persona disonesta ma innocua e non macchiatasi mai di sangue umano?

Da un lato si avrebbe la *serietà del mandante*, dall'altro la *cattiva scelta di un non temibile mandatario*.

I sociologi-criminalisti metteranno, forse, innanzi la necessità di esaminare, oltre la temibilità di quest' ultimo, le circostanze, per vedere se erano tali da far credere *a ciascuno* che il sicario avrebbe desistito o meno dall'eseguire l'incarico, e principalmente se l'operazione era o no agevole e poco rischiosa, e se il prezzo era tale da allettare al delitto — ma il concorso di queste ed altre simili circostanze, estranee alla persona del mandatario, non basta:

1.° Perchè, per affermare o negare la punibilità del mandante a titolo di tentativo, è d'uopo studiare lo stato dell'intelletto e della volontà *di lui*, e non quello degli altri. Ora, il mandante prevede *sempre* e fermamente vuole la riuscita mercè la scelta del sicario da lui prezzolato, altrimenti verrebbe meno il dolo determinato, essenziale nel tentativo; e però non è alla previsione *altrui* circa la probabile desistenza del mandatario che vuolsi avere riguardo, bensì alla previsione *del mandante* nel momento in cui conferisce l'incarico;

2.° Perchè è malagevole, e per avventura impossibile, il determinare il grado di difficoltà e di rischio di un'operazione allorquando nulla fu ancora intrapreso, potendo gli ostacoli ed i pericoli insorgere imprevisti ad ogni passo dell'*iter criminis* in apparenza facile e piano a consumarsi, e dipendere dal modo, tempo e luogo di esecuzione lasciati alla libera scelta del mandatario, e tuttavia ignorati a cagione della completa inazione di costui.

e) In quinto luogo, siccome, secondo il Ferri, i delinquenti meno temibili (di occasione e per passione) hanno

per carattere psicologico costante lo agire isolatamente, senza complici, all'opposto dei delinquenti più pericolosi (nati ed abituali), tanto da costituire la complicità per sè sola una circostanza aggravante (1), così, il mandante dovrebbe sempre reputarsi temibile e punirsi per tentativo, indipendentemente dal mandatario, a punto perchè il fatto stesso della ricerca di un complice esclude nel primo ogni velleità di delitto.

f) In sesto luogo, può succedere che il mandante abbia scelto un dato individuo, quale esecutore della strage, nella *erronea* credenza che si fosse altra volta lordato di sangue umano, ovvero perchè ingannato da un terzo a cui si era rivolto perchè gl'indicasse un pregiudicato adatto alla bisogna: in tali casi, se per la punibilità del conato bastasse la credenza di potere, col mezzo prescelto, conseguire l'intento, la mancanza di temibilità del sicario non dovrebbe giovare al mandante, il quale, secondo i positivisti, avrebbe fatto tutto quanto gli era sembrato necessario per riuscirvi, e una seconda volta non fallirebbe nelle sue mire.

g) In settimo luogo, con la teorica della nuova scuola s'incorrerebbe nella seguente difficoltà procedurale: Come provare l'incarico nell'assenza del più lontano principio di esecuzione? Non sarebbe egli assai rara e difficile una prova di questo genere? —

L'applicazione della teorica del tentativo inidoneo al mandato a delinquere è fonte, in oltre, di contraddizioni conducenti ad ingiuste ed intollerabili conseguenze.

Nel caso p. e. di un omicidio agevole ad eseguirsi ma difficile a scoprirsi, commesso ad un brigante con promessa di mercede equivalente a quella domandata, ma *non susseguito da alcun atto esterno* preparatorio nè esecutivo da parte del mandatario, si avrebbe, secondo la nuova scuola, un fatto

---

(1) *Ferri*: Sociologia crim., pag. 577.

subiettivamente compiuto da parte del mandante: un omicidio *mancato*. Viceversa, se il brigante *facesse qualche cosa*, e precisamente atti tali da costituire la materialità di un *tentativo* punibile, sorgerebbe il mostro logico e giuridico della punibilità del mandante per omicidio *mancato*, e del sicario per *tentativo* dello stesso reato.

Supponiamo che, per evitare la contraddizione, i positivisti si acconciassero a dichiararli entrambi responsabili di mero tentativo: in tal caso punirebbero alla stessa stregua il mandante che sceglie un sicario presunto temibile, ma di fatto dimostratosi innocuo e rimasto inoperoso, e quegli che elegge un mandatario idoneo e temibile, il quale ha compiuto un vero e proprio tentativo; laddove nel primo caso difetta ogni elemento fisico del maleficio, e nel secondo si ritrova un principio di esecuzione di esso: là non è certa nè la temibilità del mandatario (esclusa, anzi, nella specie), nè la perseveranza nel malvagio proposito da parte del mandante — mentre qui l'una e l'altra si chiariscono persistenti sino al principio dell'esecuzione. —

Può avvenire, ancora, che taluno, nell'impeto dell'ira, volendo vendicare un'ingiuria patita, ne affidi l'incarico ad un camorrista notorio, di passaggio in quell'istante: secondo la scuola classica, il mandante non meriterebbe repressione speciale (1); per contrario, secondo la scuola positiva, sarebbe punibile attesa la temibilità del sicario, salvo a sostenere che il mandante, lungi dall'essere delinquente serio, ha soltanto una velleità di delitto.

In un punto le due scuole possono accordarsi, ed è questo: « Quando l'esecutore si pentì dopo avere già posto in essere atti esterni costituenti la materialità di un tentativo, allora quel tentativo potrà non essere imputato a colui che

(1) « L'accordo e la istigazione non meritano repressione speciale quando avvennero in uno slancio subitaneo di collera » (*Carrara*: Programma § 357 in nota — *De Zuniga*: Practica judicial, Madrid 1861 Vol. II).

si penti, perchè rapporto a lui si avrà un delitto rimasto imperfetto per causa volontaria; ma sarà sempre il tentativo stesso imputabile all'altro, perchè rapporto a lui il pentimento dello esecutore è un fortuito indipendente dalla sua volontà, ed anzi contrario a quella » (1).

43. Riassumendo:

a) Lo studio del tipo criminale offerto dai singoli imputati di tentativo, e più ancora l'esame del numero e della specie delle recidive, forniscono certamente preziosi sussidî nella ricerca della univocità degli atti compiuti e della perseveranza nel malvagio proponimento, ma non bastano ad attribuire carattere di conato punibile nè alla semplice preparazione dei mezzi occorrenti al delitto, nè agli atti esecutivi assolutamente inidonei;

b) Con la teorica della nuova scuola, confondendosi l'individuo anti-sociale, soggetto proprio dell'antropologia criminale, col delitto, soggetto proprio del diritto penale, ed il ministero preventivo col repressivo, si viene a punire l'uomo pericoloso, ma in realtà non delinquente;

c) La proposta di agguagliare nella pena il delitto tentato al mancato ed al consumato è contraria alla logica, a politica ed a giustizia;

d) L'applicazione delle norme del tentativo con mezzi inidonei al mandato a delinquere ed a qualsiasi altra forma di complicità congenere, è fonte di contraddizioni logiche e giuridiche.

---

(1) *Carrara*: Programma § 492.

INDICE

Prefazione . . . . Pag. III

Cap. I. — Il tentativo secondo la scuola classica di diritto penale — Teorica obiettiva . . . . » 5—38

1. Difficoltà della materia: Proposta di abolizione della teorica del tentativo: Proposta di non occuparsene espressamente nei Codici penali: Se il tentativo debba essere oggetto di Codice di polizia: Se costituisca un delitto perfetto. — 2. Fondamento della punibilità del tentativo. — 3. Divergenza capitale tra la scuola classica e la scuola positiva. — 4. Teorica subiettiva ed obiettiva. — 5. Discrepanze tra i seguaci della teorica obiettiva. — 6. Nostra opinione su l'argomento. — 7. Atti preparatorii ed esecutivi. — 8. Idoneità degli atti esecutivi alla consumazione. — 9. Riassunto dei principii universalmente accolti dai classici criminalisti. — 10. Art. 61 del Cod. penale italiano.

Cap. II. — Il tentativo secondo la scuola positiva di diritto penale. — Teorica subiettiva . . . . » 39—119

11. La teorica subiettiva e la nuova scuola. — 12. Principii da questa adottati in tema di tentativo. — 13. La scuola classica punisce *non solum quia peccatum, sed etiam ne peccetur*, e studia il reato ed il suo autore. — 14. La scuola

positiva punisce, unicamente in considerazione del futuro, la nuda volontà criminosa, esternata con atti affatto innocui e non pericolosi. — 15. Confutazione della dottrina dei sociologi-criminalisti.

§ 1. — *Delinquenti istintivi (nati) ed abituali incorreggibili.*

16. Difficoltà che presenta l'applicazione del tipo criminale alla dottrina del tentativo. — 17. Incertezze, relative: *a*) Alla determinazione del tipo criminale. — 18. *b*) Alla criminalità caratteristica delle varie categorie di delinquenti. — 19. *c*) Alla natura degli atti compiuti, quando sono preparatorii in modo assoluto. — 20. Delinquenti-nati. — 21. Delinquenti abituali. — 22. Tentativo con mezzi inidonei. — 23. Conclusione.

§ 2. — *Delinquenti fortuiti (impulsivi o d'impeto, di occasione, per passione, rei di delitti endemici).*

24. Requisiti per la punibilità del tentativo commesso da costoro — *a*) Univocità dell'azione. — 25. *b*) Certezza del pericolo. — 26. Tentativo con mezzi inidonei. — 27. Conclusione.

Cap. III. — Questioni comuni alle varie categorie di delinquenti (istintivi, abituali e fortuiti) . . . . Pag. 119—136

28. Mancanza giuridica e materiale del soggetto passivo della consumazione. — 29. Tentativo nelle mere omissioni. — 30. Tentativo colposo. — 31. Quantità del tentativo. — 32. Pentimento dell'attentante. — 33. La massima *in dubio pro reo.*

Cap. IV. — Pena del tentativo . . » 136—153

34. Proposta di parificazione nella pena del delitto tentato al mancato ed al consumato. — 35. Confutazione. — 36. Eccezioni al principio generale di tale parificazione: casi in cui il tentativo è punito meno del corrispondente reato consumato. — 37. Casi in cui è punito egualmente.

— 38. Casi in cui è punito *ad arbitrium judicis*. — 39. Casi in cui rimane impunito. — 40. La repressione del tentativo non risponde ai principii teorici della scuola criminale positiva. — 41. Conclusione.

Cap. V. — APPLICAZIONE DELLE NORME DEL TENTATIVO CON MEZZI INIDONEI AL MANDATO NON ESEGUITO . . . . . . Pag. 154—163

42. L'applicazione delle norme predette dimostra come la scuola positiva punisca la nuda volontà criminosa. — 43. Conclusione.